DANIEL CABALEIRO SALDANHA

História e Teoria das Fontes do Direito Romano

Dissertação de Mestrado apresentada sob orientação do PROFESSOR DOUTOR JOAQUIM CARLOS SALGADO, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

BELO HORIZONTE

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

JUNHO DE 2011

Saldanha, Daniel Cabaleiro
S162h História e teoria das fontes do direito romano / Daniel Cabaleiro Saldanha. - Belo Horizonte, 2011.
171 f.

Orientador: Joaquim Carlos Salgado
Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da UFMG.

1. Direito romano 2. Direito romano – História 3. Direito romano – Fontes I. Salgado, Joaquim Carlos II. Título

CDU: 34(37)(09)

[*Folha de Avaliação]*

Dissertação intitulada "História e Teoria das Fontes do Direito Romano", de autoria do mestrando Daniel cabaleiro Saldanha, aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes membros:

____

Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado (Orientador)

____

Professor Doutor

____

Professor Doutor

Optimis patris

Agradecimentos

Ser-me-ia impossível declinar aqui os nomes daqueles que, com sua inteligência, compreensão, auxílio, ciência ou simples presença, contribuíram para o sucesso deste trabalho.

Cabe-me, por dever de justiça e gratidão, agradecer ao Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, atento e zeloso orientador, entusiasta do tema e distinto acolhedor daqueles que se iniciam nos caminhos da pesquisa histórica e filosófica em Direito. Sua inteligência arguta e conhecimento humanista são o arrimo de seus orientandos, que nele se miram para buscar forças com vistas à atravessar os caminho sinuosos da História do Direito.

Ainda, apresento meus agradecimentos ao Professor Doutor José Luiz Borges Horta, sempre amigo conselheiro e incentivador destas linhas, quem, desde os albores deste trabalho, fomentou-o com sua mais viva alegria. Agradeço, bem assim, à Professora Doutora Maria Coeli Simões Pires, atenta leitora, que, nas tribulações de suas funções, encontrou espaços para discutir idéias. Meus agradecimentos, também, ao Professor Antonio Augusto Junho Anastasia, quem, patrono do conhecimento que é, tolerou a partilha de minha dedicação e incentivou o progresso da pesquisa. Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho, companheiro das aventuras da história romana.

Meus agradecimentos, ainda, a meus pais pelo apoio incondicional e a minha querida Aimara, pelo auxílio constante, pelo carinho leal e pela força inspiradora.

Est enim amicitia aliud nisi omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia et caritate consensio

[Cícero, *Laelivs de Amicitia*, 6, 6]

Resumo
A presente dissertação investiga o perfil histórico do desenvolvimento das fontes do Direito Romano, que são tomadas como evidências históricas sólidas dos processos políticos romanos. Analisando o desenvolvimento dessas fontes busca-se compreender a afirmação do Direito como ordenamento de condutas, bem como a preponderância da lei escrita como Fonte do Direito no sistema romano-germânico.

Abstract
The present dissertation investigates the historical outline of the development of the sources of Roman Law, which are taken as a solid historical evidence of Rome's political processes. Analyzing the development of the Sources of Roman Law, the author tries to comprehend the affirmation of Law as a privileged code of conduct, as well as to understand the preponderance of the statute as a Source of Law in the Romano-Germanic system.

1 – Introdução

1.1 A ideia de Justiça em Roma[1]

1.1.1 Vivência e Sobrevivência do Direito Romano

É com pesar que se verifica na literatura jurídica brasileira contemporânea o descaso para com o estudo do Direito Romano[2]. Com efeito, conjura-se o estudo dos institutos jurídicos romanos sob o pretexto de se tratar de matéria ultrapassada, obsoleta, eivada de excessos bucólicos e claudicante quanto à proteção dos hipossuficientes. Outras vezes, a ela se reportam em tom longínquo e superficial, como aquele que cumpre enfadonha tarefa. Ora, a mandriice das mentes relega a segundo plano a investigação das raízes da cultura jurídica ocidental e comete, pois, a maior das atrocidades: priva a ciência

---

[1] Parte das considerações desta seção foi apresentada no XVIII Congresso Nacional do CONPEDI e publicada em obra coletiva. *Cf.* POZZOLI, Lafayette *et alli. Matrizes dos Conceitos de Justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas.

[2] Os clássicos manuais de Direito romano nacionais, de José Carlos Moreira Alves e Ebert Chamoun foram publicabos em princípios do terceiro quartel do século passado. A obra de Moreira Alves conheceu edições recentes, mercê do ressugimento do Direito romano em alguns currículos das mais prestigiadas escolas nacionais. *Cf.* MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. CHAMOUN, Ebert Vianna. *Instituições de Direito Romano*. 5 ed. Rio de Janeito: Forense, 1968. A Universidade Federal de Minas Gerais, no âmbito da linha de pesquisa Direito, Razão e História tem dado novo alento aos estudos romanísticos, ensejando, inclusive, a produção de obras panorâmicas, que abordam o Direito Romano sob a perspectiva de uma jurística. *Cf.* PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *Introdução ao Direito Romano*: constituição, categorização e concreção do Direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009. Ainda, PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *Uma História do Pensamento Jurídico Brasileiro*: formação romanística da cultura jurídica nacional. Belo Horizonte: Atualizar, 2009. Na perspectiva do Direito Privado Romano, a Faculdade de Direito do Largo do São Franciso também tem dado sua contribuição. *Cf.* MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *A propriedade horizontal no Direito Romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002. MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Concurso de Credores e* Pactum Uti Minus Solvatur. 2 ed. Lecce: Edizioni del Grifo, 1999. QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto. *Pacto de melhor comprador: configuração no direito romano ("in diem addictio") e projeções no direito atual*. 1. Ed. Madrid: Dykinson, 2010. RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos de Interesse Atual no Casamento Romano. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 93, p. 81-107, 1998. RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Sistematização e Abstração na *Iurisprudentia* Romana. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, p. 23-33, 2002. RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos da Responsabilidade Civil por Fato de Terceiro no Direito Romano. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, p. 75-101, 2001.

de desenvolvimento. Não satisfeitos, os verdugos do Direito Romano, com a sedução do discurso da modernidade, corrompem o estudioso, incutindo a aversão ao passado. Trata-se, *mutatis mutandis*, da lógica obtusa do imediatismo. Parece, aos olhos de muitos, que o estudo do Direito Romano é pura necrologia.

Após o declínio do Império Romano e a consequente fragmentação europeia, o Direito Romano retraiu-se, permanecendo latente nas diversas ordens normativas locais. Todavia, o modo de pensar, a *ratio* romana, já se tinha cristalizado. Efetivamente, a morte do corpo social e econômico que o havia forjado implicou no recuo do Direito Romano. Sem embargo, ressurgiria em fins do século XI, a chamada segunda vida do Direito Romano[3], expressão pioneiramente utilizado por Paul Vinogradoff[4]. Ora, Vinogradoff anuncia sua exposição proclamando que irá tratar da história de um fantasma, depois da decomposição do corpo no qual o Direito Romano havia primeiro visto a luz[5]. Essa segunda vida do Direito Romano pode ser temporalmente localizada a partir do final do século XI, com o retorno ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, prosseguindo até o momento em o que Direito Justinianeu desaparece do cenário do direito vigente na Europa.

---

[3] Essa segunda vida do Direito Romano foi influenciada pelo Direito Canônico e, em certa medida, pelas ordens normativas particulares germânicas dos povos bárbaros que se assentaram no antigo Império Romano Ocidental, a partir da queda de Roma, no ano 476 d. C.

[4] *Cf.* VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale.* Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

[5]"*La storia che vengo ad esporre è, considerata sotto uno speciale punto di vista, una storia, direi quase, di un fantasma. Si tratta di una seconda vita del Diritto Romano dopo la scomparsa del corpo nel quale esso per prima volta vide la luce*" *Id. Ibid.*,p. 16.

Em alguns países, o desaparecimento do Direito Romano deveu-se à ascensão do Direito Anglo-Saxão[6]. Contudo, na Europa continental, foi a promulgação de uma codificação que, embora possuísse notada influência romanística já era direito nacional legislado, capitaneou a supressão do Direito Romano .

Saliente-se que, conforme nos relata Guillermo F. Margadant[7], há casos híbridos como a Escócia, onde o Direito Romano nunca foi totalmente alijado pela influência autóctone saxônica e, tampouco, foram codificados os ramos fundamentais do universo jurídico.[8]

Caso idiossincrático foi a formação do arcabouço jurídico do Reino de *Castilla*. Ali foram editadas as *Leyes de las Siete Partidas* (*Forum Judicum*), de Alfonso IX – o Sábio, primeiro publicadas em 1263 sem obrigatoriedade, foram posteriormente tornadas fontes supletivas, através do *Ordenamiento de Alcalá*, em 1348. Contudo, a permanência do Direito Romano em *Castilla* estender-se-ia até 1499, com a proibição legislativa do uso forense da literatura jusromanística, através das *Leyes de Toro* e com a *Nueva Recompilación*. Assim, o

---

[6] Na Inglaterra do século XIX, contudo, já se reconhecia a importância do estudo do Direito Romano. Luther S. Cushing, em curso ministrado em Cambridge em 1848-9, aponta as seguintes razões para o estudo do Direito Romano (no contexto do Direito Inglês): a) trata-se da base do pensamento jurídico, tomado em sua generalidade. Segundo o autor, os romanos possuíam uma forma admirável e arguta de desenvolver seu raciocínio; b) Muitas das instituições do Direito Inglês derivam do Direito Romano; c) os princípios do Direito Romano foram incorporados ao Direito Inglês tanto quanto aos demais sistemas jurídicos do mundo civilizado; d) o Direito de várias estados componentes dos Estados Unidos da América do Norte, notadamente Louisiania, Flórida e Texas, possuem inegável matriz romanística; e) o Direito Romano é a base jurídica do Direito dos países com os quais a Inglaterra mantinha relações amigáveis. *Cf.* CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854. p. 120 *et seq*.

[7] MARGADANT, Gillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrua, 1986. p. 26.

[8] O período das codificações foi profundamente marcado por essa segunda vida do Direito Romano, antes que pelo Direito Romano Clássico ou mesmo Justinianeu. Nesse sentido, na Alemanha, por exemplo, era mais comum a menção à pandectística que ao *usus modernus pandectarum*.

movimento que definitivamente rompe com o direito romano na Espanha culmina com a edição do Código Civil Espanhol de 1889.[9]

A África do Sul, ao lado de pequenas localidades como a Escócia, Québec, Sri Lanka, Botswana, Lesoto e Suazilândia permanecem com um chamado sistema misto de Direito, onde ainda sobrevive alguma parcela explícita do Direito Romano.

Se o direito justinianeu desaparece como direito positivo, permanece, porém, incrustado na formação jurídica, como uma marca indelével que tornou o Direito único, em relação às demais ordens normativas.

Pode-se dizer que o principal legado do Direito Romano ao Direito Moderno consiste na *ratio*, isto é, na razão prudencial, o modo de pensar, a sabedoria do Direito. Nesta seara, ainda que se objete o casuísmo do Direito Romano, impõe observarmos, outrossim, que existia aí o nascedouro do pensamento propriamente jurídico, que opera com institutos e categorias. Ph. J. Thomas, em defesa do ensino do Direito Romano[10], esclarece que o modo de pensar de outrora é caracterizado por operar na confluência de vários fatores como a religião, a economia e a política. E justamente esse pensamento holístico e próprio dos juristas romanos é o diferencial a ser abordado no estudo do Direito. Nesse sentido, esclarece o autor:

> "Mostrando que a lei e a ciência do Direito existem dentro de um contexto cultural e que este contexto cultural é subjetivamente determinado, resultando em que as soluções legais sejam também subjetivamente determinadas, o Direito Romano pode prover um

[9] Sobre a história do Direito Espanhol, *Cf.* GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español.* 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950 e MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español.* 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

[10] THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *In*: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè.* 3è Série, Tome XLV, p. 647-657,1998.

importante contrapeso para a predominância da sustentação da educação jurídica no positivismo."[11]

1.1.2 A Racionalidade imanente ao fenômeno jurídico

O Direito Romano não pode ser considerado um sistema jurídico, dotado de coerência interna, completude e hierarquia definida. Sem embargo, já se desenvolvia em Roma a capacidade de se despregar das idiossincrasias da concretude dos fatos, em favor do pensamento abstrato. Nesse sentido, já se encontra, na seguinte sentença de Ulpiano, um dos cânones da interpretação, qual seja: o desapego à letra da lei e a busca da *mens legis*: "*Verbum: 'ex legibus', sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis*"[12]. Ora, *ex legibus* não se resume ao *verbis*, isto é, o comando que emana da norma é dotado de uma juridicidade mais ampla, que não pode ser coarctada por uma série de significantes. Nesse diapasão, o Direito Romano já se apercebia que o Direito é uma realidade axiológica, que valora circunstâncias fáticas e daí extrai a normatividade.

Ulpiano já afasta o tratamento do Direito como realidade fática, ontológica, desvinculando a *legis* da *verba*. Veja-se que, em grego, o vocábulo que designa razão e palavra é o mesmo: *nomos*. A sapiência que existe nesta sentença de Ulpiano consiste, propriamente, em explicitar que, em língua latina, a *legis* é uma expressão, um produto da razão e não se resume à sua expressão material. Se, em grego, *nomos* pode significar essa

---

[11]"*By showing that law and legal science exist within a cultural context and that this cultural context is subjectively determined, with the result that the legal solutions are also subjectively determined, Roman law can provide an important counterweight to the predominance of breadwinner orientated positivism in legal education*". *Id.*, *Ibidem.*, p. 657.

[12]Dig. 50, 16, 6, 1. "A frase: 'em virtude das leis' há de ser entendida assim: tanto segundo o espírito, como segundo as palavras da lei". A edição utilizada para a consulta ao *Corpus Iuris Civilis* é: JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolini: Weidmannos, 1954. Consultamos também a tradução para o espanhol GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004. Todas as traduções propostas neste trabalho são traduções livres, elaboradas em cotejo, sempre, com traduções européias e norte-americanas de referência, consultadas pelo autor.

díade razão/palavra, o mesmo não se dá em latim. Ulpiano consagrou a separação da ideação racional que envolve o fenômeno jurídico, da materialidade de sua expressão verbal.

Contudo, é a definição de regra jurídica de Paulo aquela que melhor expressa a dissociação entre o Direito e regra. Se o Direito nasce em Roma, como fenômeno normativo que se aparta da moral[13], a ideia de Direito não poderia identificar-se à ideia de regra. Regras já existiam, quer de conteúdo religioso, quer de conteúdo moral. Contudo, o Direito avança em direção a um conceito de justiça. Eis as palavras de Paulo:

> "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*"[14]

O presente trabalho busca desvendar a estrutura do desenvolvimento histórico das fontes do direito romano, cotejando-o com o desenvolvimento das estruturas políticas da Roma Antiga, desde a Roma dos Reis, até o Império. Nesta perspectiva inicial, cuidamos apenas de apresentar, de modo superficial, algumas dessas fontes e sua relação com a formação da ideia de justiça. O surgimento e desenvolvimento de cada uma delas serão ulteriormente analisados. Trata-se, pois, neste preâmbulo, de apresentar o desenvolvimento e maturação da ideia de justiça, sem, por hora, determo-nos no desenvolvimento e datação histórica das fontes.

---

[13]Nesta senda, novamente Paulo já demonstra que o lícito, desde a perspectiva jurídica, dissocia-se daquilo que é honesto: "*Non omne, quod licet, honestum est*" - "Nem tudo o que é lícito, honesto é". (Dig. L, 17, 144).

[14] "Regra é a que expõe brevemente a coisa, tal qual é. O direito não se toma da regra, senão que é a regra que se faz do direto. Assim, pois, por meio de uma regra se faz breve narrativa das coisas, e, como disse Sabino, é como um compêndio da causa, que tão logo esteja viciada em algo, perde sua eficácia". (Dig. L, 17, 1).

Embora seja a lei a principal fonte de expressão, isto é, a forma[15] do Direito, concebe Javoleno que não cabe ao Direito definir, fixar. O Direito, mais uma vez, surge como uma ordem axiológica e deontológica, ou seja, valora as condutas e sobre sua valoração impõe condutas. Não se trata, pois, de uma ordem de pensamento descritiva, ontológica. Nas palavras deste jurisconsulto:

> "*Ominis definitio in iure civili periculosa est ; parum est enim, ut non subverti possit.*"[16]

Ao Direito não cabe definir. Não apenas em função da volatilidade das circunstâncias sociais, mas também em função de sua própria natureza. A norma jurídica apenas define a hipótese-de-fato, sua função precípua é atrelar a essa descrição uma consequência jurídica. Somente com Kant essa realidade axiológica do Direito tornar-se-ia clara. O que hoje se nos parece uma obviedade, ao tempo de sua afirmação no panteão das ordens de conduta ética representou um passo decisivo.

Cícero, em seu tratado das leis, é pioneiro em definir a lei como produto da razão (embora ainda trate da razão divina)[17]. Trata-se do jusnaturalismo de matriz

---

[15] Com a palavra forma queremos significar a exigência de recognoscibilidade das normas de conduta. Uma norma exterioriza-se, projeta-se para além da mente do "legislador" através de um veículo. Este veículo é, justamente, a forma. Nesse passo, a lei é, não apenas a forma privilegiada de expressão da norma no Direito Romano, mas também é aquela que caracteriza o direito ocidental caudatário de Roma. Aliás, a imagem do caudatário, do latim eclesiástico *caudatariu* é muito apropriada para se definir o direito ocidental, porquanto Roma é a alta e solene dignitária, em cujo encalço trilharam-se os caminhos do Direito moderno e sob cujos auspícios desenvolveu-se o pensamento jurídico.

[16] "Em direito civil toda definição é perigosa, porque é difícil que não possa ser alterada". (Dig. L, 17, 202).

[17] São as seguintes palavras de Cícero, na voz de Marcos: "Eu vejo então que, seguindo os conselhos dos mais sábios, a lei não é uma invenção do espírito humano, nem um decreto das pessoas, mas alguma coisa de eterno que governa o mundo inteiro, mostrando aquilo que é sábio prescrever ou interditar. Essa lei, dizem eles, do princípio ao fim, é o espírito de Deus que promulga as obrigações e as proibições igualmente racionais. Porque essa é sua origem, a lei que os deuses deram ao gênero humano é justamente celebrada, pois ela se confunde com a razão ou o com espírito dos sábios, aqueles que sabem o que se deve ordenar e aquilo que se deve proibir aos homens." (*Hanc igitur uideo sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quidam, quod uniuersum*

cosmológica, presente na Grécia, que agora se transmuta para outro fundamento de validade: Deus. Não obstante, já se reconhece que o Direito é uma realidade valorativa; cria, portanto, proposições deontológicas, através de juízos que, quanto à relação, são considerados hipotéticos (ainda que não estejam diretamente expressos na forma hipotética) e expressam um dever-ser. Já em Roma percebe-se que o Direito não pode manifestar-se através de juízos assertórios ou necessários, porque prescreve condutas. Nas palavras de Cícero:

> "*ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse uim et sententiam iusti et iuris legendi.*"[18]

O grande edifício jurídico ocidental que começara a ser erguido em Roma foi, desde seu despertar, marcado pelo emprego da linguagem, como veículo de externalização do comando. A essa forma de expressão linguística do corpo normativo podemos, em sentido amplo, atribuir o nome de Código[19]. As primeiras instituições reconhecidas em Roma foram as Leis das Doze Tábuas Decenvirais, isto é, direito escrito. A noção de justiça, tida como noção ampla que remonta a atitudes valorativas sobre condutas, pode ser primeiro localizada nos poemas homéricos nas representações de *Themis* e *Themistes*. Quando o imperador/rei decidia uma disputa, o resultado do julgamento era tido como produto direito de inspiração divina, esse agente divino que inspirava o veredicto era justamente *Themis*, cuja moderna representação é a deusa da

---

mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam, mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut uetantis dei ex qua illa lex, quam du humano generi dederunt, recte est laudata. Est enim ratio mensque sapientis, ad iubendum et ad deterrendum idonea). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus* 2, 4. Utilizamos como base de consulta a tradução francesa de APPHUN, Charles. *Cicéron, De la Republique, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

[18] "É então claro que o termo 'lei' implica a capacidade de distinguir aquilo que é justo e conforme ao direito". CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op cit.* 2, 5.

[19] SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005, p. 1 *et seq.*

Justiça. Seu plural – *Themistes* – representa os veredictos em si, os julgamentos. Note-se, pois, que do rei eram oferecidas sentenças e não normas. Ainda nos poemas homéricos, surge a noção de *Diké*, cujo conteúdo de significado flutua entre julgamento, costume e uso.

Como narra Sumner Maine, o próximo passo no desenvolvimento do Direito foi a substituição do monarca heróico, como descreve Homero, pela ascensão das aristocracias. Explique-se: a imagem do monarca sagrado, de coragem, força e sabedoria superlativas, foi gradualmente definhando com as sucessões hereditárias. Nas palavras de Sumner Maine:

> "Se a linguagem tão precisa pudesse ser usada nesta revolução, poderíamos dizer que o ofício do rei foi usurpado por aquele do conselho dos líderes, ao qual Homero repetidamente alude e retrata. Em todos os eventos de uma época em que reinava o monarca, nós chegamos em toda a Europa a era das oligarquias; e até onde a nomenclatura das funções do monarca não desaparece, a autoridade do rei é reduzida a uma mera sombra."[20]

Ao passo que as aristocracias orientais buscaram sua fundamentação no apelo religioso, isto é, em organizações assembleares ou eclesiásticas, no ocidente as aristocracias assumiram formas político-civis. Naquilo que tange ao universo jurídico, essas aristocracias eram, a um só tempo, os depositários e administradores da lei. Embora a imagem da inspiração divina ainda permanecesse em certa medida, o apelo desloca-se para o monopólio do conhecimento da lei. Essa aristocracia preserva o conhecimento da

---

[20]"*If language so precise can be used of the revolution, we might say that the office of the king was usurped by that council of chiefs which Homer repeatedly alludes to and depicts. At all events from an epoch of kingly rule we come everywhere in Europe to an era of oligarchies; and even where the name of the monarchial functions does not absolutely disappears, the authority of the king is reduced to a mere shadow.*" SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*, *cit.*,p. 6.

lei de modo a perpetuar e preservar os costumes de determinada tribo ou raça. Neste momento ainda se cuida da lei não-escrita, precursora da *lex* que surgiria em Roma.

Em várias partes da Europa, à experiência deste Direito costumeiro e tribal seguiu-se a formação dos chamados códigos, como as já citadas Doze Tábuas Decenvirais ou o Código de Sólon e as leis de Draco, estes últimos ambos helênicos. A redução a escrito das normas, até então depositadas na sabedoria da aristocracia, representou o grande salto qualitativo dos povos ocidental-continentais, pois se ganhou em proteção contra a fraude e a depravação espontânea das instituições. Sumner Maine atribui à criação tardia do Código de Manu suas prescrições cruéis e absurdas e, de outra parte, à precoce edição das Doze Tábuas em Roma seu maior desenvolvimento em relação ao povo hindu. Tito Lívio, em sua História de Roma[21], assim descreve a edição das Leis das Doze Tábuas Decenvirais:

> "Quando esta justiça, incorruptível como aquela dos deuses, rendeu-se igualmente aos grandes e aos pequenos, os decênviros não negligenciaram a redação das leis. Para satisfazer a uma demanda que toda a nação tinha em suspense, eles apresentaram enfim as dez tábuas e convocaram a assembleia do povo. Para o júbilo, para a glória, para a prosperidade da república, para a felicidade dos cidadãos e de seus filhos, eles se puseram a ler essas leis que propunham. Quanto a eles, tanto quanto são capazes dez cabeças humanas, eles estabeleceram dentre os direitos de todos, grandes e pequenos, um equilíbrio exato. Mas podia-se esperar desde logo o concurso de todos os espíritos e reunir suas observações. Eles precisaram, em particular, em toda sua sabedoria, sopesar cada coisa, discutí-las em seguida e declarar acerca de cada ponto aquilo que eles tinham adicionado ou suprimido. Assim, o povo romano tinha leis das quais podia se jactar não apenas de as haver aprovado, mas

[21] A obra de Tito Lívio é intitulada *Ab urbe condita* ou "Desde a fundação da cidade". Acredita-se ter sido composta durante o reinado de Otávio Augusto. Era composta originalmente por 142 livros, dos quais apenas são conhecidos os livros 1 a 10 e 21 a 45 (estes últimos com grandes lacunas). A obra foi concebida como uma narrativa analítica divida em seções demarcadas pelos marcos mais importantes da história de Roma. Um epítome de todos os livros foi compilado no Baixo Império Romano e restou conhecida como *Periochae*. Aqui, consultamos a tradução francesa: *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864. s/e. p. 110-169, bem como a edição moderna por FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

também de as haver proposto eles mesmos. Depois que cada um dos capítulos apresentados sofreu as correções indicadas pela opinião geral, e julgadas necessárias, os comícios por centúrias adotaram as leis das dez tábuas. Em nossos dias, neste amontoado enorme de leis entalhadas umas sobre as outras, elas são também o princípio de nosso direito público e privado. Note-se que ainda existiam mais duas tábuas, cuja reunião às outras completava de toda sorte o corpo de todos os direitos dos romanos."[22]

1.1.3 Características Essenciais e Existenciais do *ius romanum*

A edição da Lei das XII Tábuas Decenvirais representa, portanto, um momento de evolução do Direito, que avança rumo à universalidade explícita, tanto em sua forma – escrita, quanto em seu conteúdo com a proscrição clara do privilégio[23]. É, pois, a elevação dos mores ao plano da racionalidade. Trata-se de um passo diquelógicamente orientado para a segurança jurídica.

Em Roma surge, pois, a *lex*, isto é, regra que provém da vontade e, como lembra Joaquim Carlos Salgado, realiza "a unidade incindível da *voluntas* com a *ratio*, superando o dualismo entre direito natural e positivo"[24]. Como vontade, a lei é uma

---

[22]"*Cum promptum hoc ius uelut ex oraculo incorruptum pariter ab iis summi infimique ferrent, tum legibus condendis opera dabatur; ingentique hominum exspectatione propositis decem tabulis, populum ad contionem aduocauerunt et, quod bonum faustum felixque rei publicae ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas iussere: se, quantum decem hominum ingeniis prouideri potuerit, omnibus, summis infimisque, iura aequasse: plus pollere multorum ingenia consiliaque. Versarent in animis secum unamquamque rem, agitarent deinde sermonibus, atque in medium quid in quaque re plus minusue esset conferrent. Eas leges habiturum populum Romanum quas consensus omnium non iussisse latas magis quam tulisse uideri posset. Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae uiderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias aceruatarum legum cumulo, fons omnis publici priuatique est iuris. Volgatur deinde rumor duas deesse tabulas quibus adiectis absolui posse uelut corpus omnis Romani iuris.*" TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, *op. cit.* III, 34.

[23] Lei primeira da nona tábua. *Cf.* edição contemporânea de referência ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

[24] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo:* fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,p. 103.

ordem de conduta[25]; como razão, a lei tem um bem jurídico a preservar, o *ius*. Assim conclui Joaquim Carlos Salgado:

> "É nesse sentido que se concebe o direito como um fenômeno total em Roma. A *voluntas*, que não é particular, mas expressa como universal, só pode ser tal se fundada numa razão de ser, ou seja, o bem jurídico a preservar: o *ius*. A preocupação fundamental da jurística é encontrar primeiro o direito, o bem jurídico a ser atribuído, para depois elaborar a regra de decisão do caso ou de prevenção de conflitos (*lex*)"[26]

Neste passo, posto emanar da razão, a*lex* daí extrai sua universalidade. E, assim, define Cícero:

> *Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium utrumque legis est*[27]

Some-se a isso a superlativa valorização da figura do jurista, perpetrada em Roma. A Grécia transmitiu aos romanos o rigor do pensamento, do raciocínio analítico, que opera através do entendimento. Sobretudo através da influência do estoicismo, notadamente com Sêneca e Plotino, o *logos* científico chegou até a península itálica. Todavia, foi ali pioneiramente aplicado a um novo objeto de estudo: o Direito. Nesse desiderato, o povo romano inaugurou a valorização do jurista como figura fundamental na sociedade. O assim considerado primeiro jurista em Roma foi *Cnaeus Flavius*[28], cujo trabalho consistiu na publicação, ao redor do ano 300 a. C, das fórmulas a serem pronunciadas em juízo para a ativação do direito, isto é, as *actio legis*. Estas fórmulas, até

---

[25] *Cf.*Dig. I, 3, 7.

[26] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 103.

[27] "Para eles, a lei é a equidade, para nós é a escolha; tanto uma quanta a outra característica pertencem à lei" CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* I, 6.

[28] Não por acaso, em 1906, Hermann Kantorowicz publica sua obra *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (A luta pela Ciência do Direito), sob o pseudônimo de *Cnaeus Flavius*. Sua obra viria a ser considerada a pioneira da Escola do Direito Livre. Sobre a Escola do Direito Livre, *cf.* KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

então de domínio exclusivo da classe sacerdotal, agora estavam ao alcance dos demais pensadores seculares. Cícero assim narra esta passagem:

> "Se esta opinião não é geralmente adotada, nós podemos oferecer várias razões. Em primeiro lugar, aqueles que nos séculos precedentes possuíram esta ciência, fizeram dela um mistério, para aumentar seu prestígio; em seguida, o que é bem conhecido é que Cn. Flavius expôs as diversas ações, mas não se encontra ninguém que saiba dar a todos esses elementos uma ordem metódica. Com efeito, para reduzir com arte essas observações esparsas, não é suficiente conhecermos a matéria de que se trata, é necessário ter o talento de reunir essas observações em um corpo de doutrina."[29]

O episódio é descrito nestas palavras por Tito Lívio:

> "No mesmo ano, o escriba Cn. Flavius, filho de Cneus, nascido de um pai libertino, com pouca fortuna, mas homem de grande educação e facunda, foi elevado à condição de edil curul. Eu encontro em alguns anais que, como ele exercia funções de discípulo dos edis, vendo que a tribo era chamada em primeiro lugar para exercer seu sufrágio, nomeando-o edil, não queria receber sua nomeação, em razão de sua profissão de escriba. Contudo, veio a subir na tribuna e afirmou que não se arrependeria jamais. Macer Licinius sustenta que ele a havia abandonado desde o princípio; ele se baseia na afirmação de que Flavius havia sido tribuno anteriormente, ele que ele havia exercido dois tipos de triunviratos, o triunvirato da noite, e um outro para o estabelecimento de uma colônia. De resto (e é este um ponto sobre o qual nos colocamos em acordo), ele disputou sempre a altura dos nobres, que subestimavam sua baixa linhagem. Ele entregou ao público as fórmulas da jurisprudência que estavam reservadas nas mãos dos pontífices, como o fundo do santuário; e, para colocar os cidadãos em condições de conhecerem por si mesmos os dias em que a religião permitia faltar aos julgamentos, ele fez colocar ao redor do Fórum as tábua do calendário romano."[30]

---

[29] "*Quod quidem certis de causis a plerisque aliter existimatur: primum, quia ueteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, obtinendae atque augendae potentiae suae causa peruulgari artem suam noluerunt; deinde, postea quam est editum, expositis a Cn- Flauio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent; nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere uult, habet illam scientiam, ut ex eis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit*".CICERUS, Marcus Tullius. *De Oratore*. I, 41, 186. Utilizamos como referência a tradução francesa das obras completas de Cícero, *Cf.* CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

[30] "*Eodem anno Cn- Flauius Cn- Filius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus uir et facundus, aedilis curulis fuit. Inuenio in quibusdam annalibus, cum appareret aedilibus fierique se pro tribu aedilem uideret neque accipi nomen quia scriptum faceret, tabulam posuisse et iurasse se scriptum non facturum; quem aliquanto ante desisse scriptum facere arguit Macer Licinius tribunatu ante gesto triumuiratibusque, nocturno altero, altero coloniae deducendae. Ceterum, id quod haud discrepat, contumacia aduersus contemnentes humilitatem suam nobiles certauit; ciuile ius, repositum in*

A fundação hipotética de Roma deu-se no século VIII a. C, no contexto de um emaranhado de povos; os latinos, etruscos e sabinos, com notada influência grega das cidades marítimas do sul da península. Atribui-se a Rómulo[31], o fundador de Roma segundo os testemunhos de Tito Lívio[32] e Dionísio de Halicarnasso[33], a divisão do povo entre patrícios e plebeus, a distribuição das tribos em trinta cúrias, a criação da assembleia destas cúrias, o senado e a realeza[34]. A figura do rei inaugurada com Rômulo é de lapidar importância para a configuração da ideia de Direito. Embora num momento inicial o Rei ainda não detivesse verdadeiras faculdades legislativas, pois as normas de conduta consistiam nos *mores* gentilícios, e fosse tido como uma espécie de oráculo divino, sua concepção como instituição é fundamental para a compreensão do Direito como fenômeno de poder. Nesse sentido podemos mencionar a *Lex Regia* (cuja expressão material que nos chega – a *Lex Imperii Vespasiani* – é de um período posterior) como elemento simbólico originário da transferência e legitimidade do poder.[35]

---

penetralibus pontificum, euolgauit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur(...)"TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *op. cit.*, IX, 46. Ainda, confira-se a narrativa de Pompônio (Dig. I, 2, 2, 7).

[31]Segundo nos narra a lenda, Numitor, descendente de Enéas, e rei da cidade de Abalonga, é destronado por Amulio e atira ao rio Tíber os filhos gêmeos de Rea Silvia (filha do rei destronado): Rómulo e Remo. Esses se salvam e são amamentados por uma loba (Capitolina) no monte Palatino e, quando se tornam mais velhos, conseguem sua vingança contra Amulio. Rómulo assassina seu irmão e funda Roma, dando asilo a fugitivos e bandidos e raptando as mulheres de seus vizinhos sabinos. *V.* CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914, p. 5 *usque* 31. Conferir em especial os fragmentos de Xiphilinus, Zonaras e Tzetzes.

[32] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*, *op. cit.*,I, 7-15.

[33] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. I, 72-90. Utilizamos as traduções do grego para o inglês: DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950; DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

[34] *Cf.* ORTOLAN, M. *Histoire de la législacion Romaine.* 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851, p. 23.

[35]Sobre a *Lex Regia*, *Cf.* Dig. I, 4, 1 e Inst. Gaio I, 5 e GALLO, Fillipo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 60. *Cf.* DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetividade no Direito Público Moderno*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Sobre essa base, Roma desenvolveu uma ordenação de condutas própria e especial, que legou ao Ocidente: o Direito.

A denominação técnica do Direito, como essa ordem exterior e positiva que impõe obediência, foi a palavra *ius*[36]. A palavra *ius* possui etimologia obscura, conforme nos informa Bonfante. Certamente não deriva de *iustum* ou *issum*, palavras que derivam de *ius* (raiz *iugo*). Lingüistas modernos tendem a relacionar o termo *ius* ao verbo *iurare* ou à palavra sânscrita *iaus*. Esta palavra encontra-se uma vez nos Veda e possui o sentido de saúde, felicidade, com um caráter religioso. Essa origem sânscrita anuncia o caráter positivo do termo Direito e sua preocupação com a benignidade e indulgência social; veja-se a definição de Celsus, anunciada por Ulpiano:

> *"Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et æqui."*[37]

Embora de conteúdo indefinido, o conceito de *ius* conforma algo de inovador. Trata-se de um conceito novo, com o seguinte conteúdo, nas palavras de Álvaro D´Ors:

> "*En todas esas relaciones creo que ius tiene un sentido único, un sentido intermedio entre la norma y la facultad, que es precisamente, el de posición justa.* [...] *Ahora bien: ius est no quiere decir, evidentemente, ni ' hay facultad', ni 'hay norma', sino más bien: ' es justo'.* [...] *Toda la dialética de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la posición justa. Todas las personas y todas las cosas tienen su*

[36] *Cf.*BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano.* Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929, p. 6.

[37] "Convém que aquele que se ponha a estudar o Direito, conheça primeiro de onde provem a palavra *ius*. Chama-se assim justiça; porque segundo define elegantemente Celso, direito é a arte do bom e do équo."Dig. I, 1, 1.

posición; cuando su posición es justa, tienen ius, y la iustitia, como vimos, pone fin a la contienda de posiciones, declarando cual es la justa, dando el ius a cada uno."[38]

Como nos relata Joaquim Carlos Salgado[39], a formação da consciência jurídica no mundo contemporâneo pressupõe a experiência desta consciência, isto é, pressupõe o processo pelo qual essa consciência faz experiência do conhecimento, primeiro tomado como objeto e, posteriormente, como conhecimento de si mesma[40]. A consciência jurídica, neste passo, posiciona-se no amplo espectro da razão prática, pressupõe a dialética da razão teórica e volta-se a si mesma, fazendo uma experiência da própria consciência. Essa experiência da própria consciência, no nível fenomenológico, manifesta-se, historicamente, em três momentos, conforme nos ensina Salgado:

> "É possível, pois, figurar historicamente esse processo em três momentos fundamentais no curso da cultura ocidental, como já se observou: o homem (animal racional) na cultura grega, a pessoa de direito na cultura romana, cindida na concepção de pessoa moral na cultura cristã, e o sujeito de direito a partir da cultura moderna, operando a síntese dialética no cidadão ou indivíduo livre detentor de direitos fundamentais declarados ou positivados como vontade universal e valores universais na Revolução Francesa."[41]

É justamente nesse momento de manifestação da consciência jurídica, que corresponde à formação da pessoa de direito, que surge o Direito como realidade intelectiva e prática diferenciada.

---

[38] D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". *In: Studi in Memoria di Emiliano Albertario.* Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953, p. 271 *usque* 299, p. 295/296.

[39] SALGADO, Joaquim Carlos, *op.*, *cit.*, p. 22 *et seq.*

[40] *Cf.* BROCHADO, Mariá. *Consciência Moral e Consciência Jurídica.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

[41] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça...*, *op.*, *cit.*,p. 23.

É preciso compreender a crise por que passava o Ocidente. A decadência da cidade grega e a ascensão do Império Romano iriam, desde logo, delimitar o ponto zero da formação jurídica ocidental. Trata-se de um momento de crise ética, em que a concepção de totalidade moral foi cindida. A percepção do vínculo que une aquele que age e quem sofre as consequências de cada conduta altera-se. Onde antes existia uma totalidade orgânica, entre homem e cidade, cede lugar à díade cidade/cidadão. O bem agir, no contexto helênico, importava em um esforço em busca da felicidade (*eudaimonia*), uma felicidade que não pode ser compreendida no âmbito individual, mas tão-somente em relação com a felicidade da cidade (*homonóia*). Trata-se de uma realidade de imbricada coincidência entre o homem e a natureza. Já em Roma, essa totalidade sofre uma cisão, o homem agora pertence à cidade, estabelece-se, pois, um vínculo de pertinência e não de ipseidade. Para ele, surge o *ius civile*. A conduta não poderá ser aferida segundo os padrões do bom e do mau, mas do justo. A justiça assume uma conotação própria, particular, pois a moral não poderia suprir as necessidades normativas de uma cidade, que agora assume uma posição distinta do homem. Essa cisão que se opera, um movimento histórica, cultural e logicamente necessário, é a responsável pela explicitação do conceito de bilateralidade.

Esse Direito conformado em Roma haveria de possuir alguns caracteres que o fizessem, a um só tempo, diferente e superior[42] aos demais ordenamentos de condutas. Assim, pode-se dizer, em linhas gerais, que esse conceito[43] romano-universal de

---

[42] Assim, o ordenamento jurídico suprassume os demais ordenamentos sociais, isto é, supera-os e os modifica; contudo, paradoxalmente, conserva-os em sua estrutura.

[43] Focamo-nos aqui no Direito romano-universal (*ius gentium*) que teve lugar entre 218/20 a.C e 235 d. C (entre as crises que se seguiram à guerra de Aníbal e à morte de Alexandre Severo). Esse período do Direito Romano seguiu-se ao período quiritário – primeira fase do Direito romano, caracterizada por uma

Direito é caracterizado por suas categorias essenciais, quais sejam: bilateralidade "tributiva", exigibilidade e irresistibilidade.

Essa bilateralidade "tributiva"[44] caracteriza o fenômeno jurídico porquanto o extrema da experiência moral. O agir moral pertence ao sujeito ativo e nele se esgota. O período helênico ainda não tem consciência de um outro-diferente-de-si. O justo moral realiza-se numa relação na qual ipseidade e alteridade estão mutuamente imbricadas; trata-se do contexto da bela totalidade da *pólis* grega, conforme o figura Hegel. O agir jurídico pressupõe o reconhecimento, isto é, a percepção de um outro-igual, de uma outra consciência que impõe limites. O Direito necessita dessa cisão de ipseidade e alteridade para conformar um nexo que, agora, não mais pertence ao sujeito ativo e, tampouco, ao sujeito passivo, mas se configura um nexo transubjetivo. Assim, tem-se uma bilateralidade que importa numa relação de polaridade entre sujeitos que se vinculam objetivamente mediante a chancela do Estado, para exercerem suas pretensões ou competências. A *tributividade* decorre da posição objetiva ocupada pela relação jurídica, na qual o Direito (Estado) confere a cada qual suas pretensões. A relação jurídica que encerra essa bilateralidade *tributiva* já é anunciada por Ulpiano: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"*[45]. A justiça surge então como um valor formal, que estabelece a regra de tribuição destes valores, quer através da conexão com a vontade, como o faz Ulpiano

---

ordem jurídica adaptada a uma sociedade de vida simples e rústica – e se caracterizou pelo desenvolvimento científico da principiologia romana, cuja maior manifestação foi o *ius honorarium,* obra do pretor. Posteriormente ao período do *ius gentium,* teremos a codificação justianéia (séculos I-III d.C), monumento do espírito lógico e prático dos jurisconsultos romanos. *Cf.*BONFANTE, Pedro.*Instituciones de Derecho Romano*, *op.*, *cit.*, p. 10 *usque* 13.

[44] No tocante à nomenclatura acompanhamos aqui a lição de SALGADO, quem prefere o termo "tributividade" à expressão "atributividade", porquanto se aproxime de sua origem latina: *tribuere.* Esclarecedora exposição da temática pode ser encontrada em REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. *In.Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

[45]Dig. I, 1, 10. "Justiça é a vontade constante e perpétua – infatigável e persistente – de dar a cada um o seu direito". A fórmula também é repetida nas Institutas, *Cf.* Inst. I,1.

(*constans et perpetua voluntas*), quer em conexão com a razão, como faz Cícero e, posteriormente, Tomás de Aquino e Kant. Assim, conclui Salgado:

> "O Direito é, então, processo de revelação, 'tribuição' e garantia de valores no plano do bem comum, segundo a ideia de justiça; é solução dos conflitos de interesses no plano da coexistência ou da ordem, mas com pretensão de solução justa dos conflitos. É, ainda, técnica ou metódica que precede a normatização do fato por meio dos institutos jurídicos, portanto da ciência, e da valoração do justo, portanto da Filosofia do Direito. Esse aspecto formal, contudo, mostra-se na articulação dialética com o bem jurídico ou valor jurídico revelado na consciência jurídica que normatiza o fato."[46]

Dessa *tributividade* decorre a exigibilidade da conduta devida. Uma vez que o nexo jurídico não jaz em nenhum dos pólos da relação, pertencendo simultaneamente a ambos, quando um falha, ao outro é facultado exigir. Esse sentido objetivo e transubjetivo da bilateralidade *tributiva* cria, portanto, uma garantia contra o descumprimento. Surge, aqui, um conceito propriamente jurídico, o conceito de dívida. Essa garantia é fruto da segurança e da certeza inerentes à relação jurídica.

De outra parte, o agir moral não é exigível. Não o é apenas por estar incerto em uma realidade desprovida de mecanismos para ativá-lo, mas por sua própria natureza. A ação moralmente louvável esgota-se em si mesma, assim também ocorre com a ação moralmente reprovável. Não há, dentro da concepção moral grega, uma repercussão na esfera individual alheia. Explique-se: as repercussões do ato reprovável são as mesmas para o homem e para a cidade. Não se exige o cumprimento de dever diverso, mas apenas se exclui do organismo político. Aquele que, espontaneamente, cumpre seu dever, o faz com foco em seu próprio agir e não diante do exercício de uma faculdade que se abre a

---

[46] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo... Op. cit.* p. 26.

outrem. A exigibilidade mostra sua interface com a bilateralidade na medida em que se, ao credor é facultado exigir, ao devedor, se se transmuda-se na condição de credor do mesmo objeto, também se abriria a mesma faculdade.

Por derradeiro, resta mencionar a irresistibilidade diante do comando jurídico. Trata-se de um atributo da norma jurídica que a torna incontestável, social e racionalmente. Nas palavras de Salgado:

> "A irresistibilidade integra a estrutura categorial da Consciência Jurídica e decorre da universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal abstrata da norma jurídica [...] implica, portanto, não só a força coativa, mas a fundamentação ulterior de qualquer decisão ou a ação da autoridade como de toda a sociedade, portanto com mérito de sua força e de sua vontade." [47]

A irresistibilidade é, assim, uma decorrência lógica da origem política do Direito. O Direito constitui o vetor de explicitação da razão, ao passo que o ato de vontade é seu instrumento de realização, isto é, a política. Nesse passo, a irresistibilidade material que decorre do comando jurídico reporta-se, como salientado por Salgado, à "universalidade representativa da *auctoritas* e da validade universal da norma jurídica".

Surge, então, o justo qualificado pelo adjetivo jurídico. O dever imposto pela norma torna-se qualificado pela irresistibilidade. O Direito forjado no Lácio encerra na norma, agora jurídica, a essência do justo sem se descurar do aspecto da existência: a força que o garante. Não por acaso, Justiniano assim abre o prefácio das Institutas:

> "*Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos*

[47] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 84.

> *tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator.*"[48]

É precisamente nesse influxo entre a exigibilidade e a irresistibilidade que surge a força, uma força eticamente destinada a fazer cumprir o justo jurídico.

O gênio romano conformou um instituto que encerra em sua ontologia essas características essenciais do conceito de Direito. Trata-se da *actio*. Na definição de Celso: "*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persenquendi*"[49]. A *actio* configura-se, destarte, como um instrumento de defesa da pretensão resistida, o direito a perseguir o devido em juízo. A ação, ou ao menos a exceção, surge como consectário da coerção jurídica e é inerente a qualquer direito subjetivo. A ação é a manifestação da justiça formal no momento da aplicação, ao direito foi impresso o caráter de coercibilidade vinculante, cumprindo-se o comando independemente da oposição do devedor e com caráter de exclusividade, porque prevalece sobre qualquer outra norma.

---

[48] "À sua Majestade Imperial convém que não só esteja honrada com as armas, mas também fortalecida pelas leis, para que um e outro tempo, assim a guerra como a paz, possam ser bem governados, e o príncipe romano subsista vencedor não somente nos combates com os inimigos, mas também rechaçando por legítimos trâmites as iniqüidades dos caluniadores, e chegue a ser tão religiosíssimo observador do Direito, como triunfador dos inimigos vencidos."

[49] Ação nada é além do que o direito de perseguir aquilo que lhe é devido em juízo. Dig. XLIV, 7, 51. O conceito é repetido ainda nas Institutas "*Superest, ut de actionibus loquamur, actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*" ("Resta que falemos das ações. Mas a ação não é outra coisa senão o direito de perseguir em juízo aquilo que a alguém se deve") Inst. IV, §6. ULPIANO, no parágrafo 16 do Livro L do Digesto, dedicado ao significado das palavras, assim define: "*Actionis verbum et speciale est et generale nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque 'actiones' personales solemus dicere 'petitiones' autem verbo in rem actiones significari videntur. 'persecutionis' verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt , quae non habent iuris ordinarii exsecutionem.*" ("A palavra ação é especial e geral; porque se chama ação toda petição, já seja contra pessoa, já contra uma coisa; mas de ordinário soemos chamar ações às pessoais, e se considera que a palavra petição significa as ações reais; eu creio que com a palavra persecução se compreendem as persecuções extraordinárias, como as dos fideicomissos, e outras que haja, as quais não tem execução de direito ordinário.") Dig. L, 16, 178, 2.

Está-se diante de construção conceitual do Direito, capaz de agasalhar os caracteres do jurídico, servindo de termo médio para a efetivação da força encarcerada na norma abstrata e universal.

A *actio* avultou-se de tal maneira no contexto jurídico romano que o possuir ou não um direito expressava-se dizendo possuir ou não a faculdade de exercitar a *actio*. Essa postura é oriunda da formação do Direito nas mãos do pretor, que ao introduzir inovações não o fazia mediante normas, mas concedendo em seu *edicto* a *actio* adequada. O período em que floresceu o Direito Romano é, justamente, o chamado período do Direito Honorário, quando as relações jurídicas desenvolviam-se através da concessão pretoriana (*officium praetoris*) e de suas decisões (*officium iudicis*). Assim, muitos direitos de origem pretoriana não possuem sequer denominação própria, sendo expressos por sua ação[50], por exemplo, a *actio Publicana* ou a *actio Serviana*.

A já anunciada relação entre o Direito, a liberdade e a força é sintetizada, como lembra com maestria Salgado, na ação do *interdictum de homine libero exhibendi*[51]. Surge

---

[50] V. BONFANTE, Pedro. *Intituciones* ... p. 111. Portanto, parece-nos que o conceito de obrigação natural parece um tanto quanto estrambótico e destituído dessa juridicidade romana. Sua compreensão é mediatizada sempre pela alegação de não possuir *actio* correspondente e, quando muito, pelo surgimento da *solutio retentio* na ocasião do pagamento espontâneo. Não se nos afigura como pertencente ao campo privilegiado e protegido do Direito, mas um sim um fóssil entre a moral e o jurídico.

[51] Trata-se da ação que fornece o substrato de nosso moderno *habeas corpus*; um *interdicto* que consistia em uma ordem do Magistrado, ditada ante o recurso da parte prejudicada, cuja aplicação soía ocorrer quando o interesse prejudicado tinha caráter quase público. O *paterfamilias* podia fazer valer esse seu direito diante de um terceiro que retivesse o *filiusfamilias* contra sua vontade. Inicialmente, tratava-se de uma *vindicatio*, e, posteriormente, o pretor introduziu a este efeito o *interdictus de liberis exhibendis*. *Cf.* BONFANTE. *Op. cit.*p. 135/164. Agora, o Romano superava a concepção de liberdade de Epiteto, jungindo consciência e corpo, reclamando sua liberdade de ir, vir e permanecer.

um justo qualificado, suprassumido da realidade, delimitado por uma forma e garantido pela força. É, pois, que a ideia de justiça alcançou um novo patamar[52]: um justo jurídico.

Essa positividade conferida ao conceito de justiça através de seu relacionamento com a força e o poder havia sido questionada no mundo grego, através dos pensadores que constituem, embora heterogeneamente, o conjunto dos jusnaturalistas cosmológicos. Dentre uma infinidade de textos, podemos destacar a) os fragmentos morais de Demócrito, nos quais o querer é o motor do agir moral gerando responsabilidade: "O inimigo não é aquele que comete a injustiça, mas aquele que a quer"[53] e, ainda, "as leis não impediriam a cada um de viver segundo seu pendor, se as pessoas não se fizessem mal mutuamente. Pois a inveja é o começo da discórdia"[54]; b) Antifonte: "Aquelas Leis que resultam de um acordo mútuo não são naturais, mas aquelas da natureza, que são naturais, não resultam de um acordo. Logo, aquele que transgride a lei, se o faz às escondidas daqueles que estabeleceram o acordo escapa da vergonha e do castigo. Mas não, se ele não o faz às escondidas. Quanto às normas naturais da natureza se, indo além do possível, as violamos, mesmo se o fazemos às escondidas de todos os homens, o mal não é menor, e se todos os sabem, não é maior. Pois o prejuízo não vem

---

[52] Novamente aqui anunciamos que essa positividade da ideia de justiça não foi pacífica. Essa dissidência entre a justiça positiva e a justiça natural manifestou-se no seio da doutrina católica e deu origem ao jusnaturalismo de matriz teológica. A separação da ordem das coisas humanas e da ordem divina foi cristalizada por JESUS DE NAZARÉ. Os discípulos dos fariseus, com malícia, perguntaram-lhe: "É lícito pagar tributo a César, ou não?" Ele os respondeu: "Por que me experimentais, hipócritas? Mostrai-me a moeda do tributo. Eles lhe apresentaram um denário. E ele lhes perguntou: De quem é esta efígie e inscrição? Responderam-lhe: De César. Então ele lhes disse: Daí a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus" (Mt, 22: 15-22). De outra parte, PAULO afirma a existência de uma lei natural, fruto da natureza divina da criatura humana: "Quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei. Eles mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os" (Rm, 2: 14-16).

[53] Máximas de Demócrates, 55: 68 B 89 DK. Utilizamos aqui a edição de DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. *In:Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

[54] Estobeu, Florilégio, III, XXXVII, 53: 68 B 245 DK.

da opinião, mas da verdade. O que explica esse problema é que as prescrições do justo segundo a lei estão, a maior parte do tempo, em conflito com a natureza."[55]; c) Sófocles, com Antígone, chamada por Maritain[56] de eterna heroína da lei natural:

> "Não foi, com certeza, Zeus que as [leis que a condenaram à morte] proclamou,/ nem a justiça com o trono entre os deuses dos mortos/ as estabeleceu para os homens./Nem eu supunha que tuas ordens/ tivessem o poder se superar/ as leis não-escritas, perenes dos deuses, visto que és mortal./ Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas/ são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram./ Por isso, não pretendo, por temor à sentença às decisões/ de algum homem, expor-me à sentença/ divina. Sei que vou morrer." [57]

Todavia, o embate entre o justo natural/racional e o justo positivo permaneceria. Exemplo claro encontramos no diálogo entre Sócrates e Trasímaco na República de Platão. Trasímaco oferece seu conceito de justiça: "a justiça não é outra coisa que o interesse do mais forte"[58] que é desqualificado por Sócrates, que, todavia, não consegue, nesse momento, expor seu conceito de justiça, configurando um diálogo aporético.

1.1.4 O Direito como *maximum* ético

Norberto Bobbio ensina que "o ordenamento jurídico não nasce de um deserto"[59]. Se é certo que a ordem jurídica não desponta do vazio, não menos apropriada

---

[55] Papiro de Oxyrhyncos, XI, 1364: B44 DK, Fragmento A, 1-3.

[56] *Cf.* MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966. p. 87.

[57] *Cf.* SÓFOCLES, *Antígone*. *In:* ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles*. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

[58] 338c – essa notação refere-se à paginação da edição in folio de H. Stephanus, impressa em Paris, em 1578.

[59] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 41.

é a lição de Joaquim Carlos Salgado[60], para quem o Direito pode ser considerado um *maximum* ético. Explique-se: a conduta dos homens é pautada por diversas ordens normativas como a moral, a religião, os convencionalismos sociais, o Direito. Neste panorama das ciências do *ethos* exsurge o Direito como ponto de cumeada, como resultado do processo de desenvolvimento da Ética. Ainda que se nos pareça paradoxal[61], é em Roma que esse processo atinge sua plenitude. O gênio romano foi capaz de desvencilhar o Direito da Moral, conformando uma ordem normativa própria e dialeticamente superior. Neste passo, apartam-se Moral e Direito e, sobre este último, assentou o Ocidente, sobre uma ideia de justiça que nascera em Roma.

Essa ideia de Direito que se funda em Roma preocupa-se, portanto: a) com a amplitude do aspecto racional (*virorum prudentum consultum*)[62], sua natureza intelectiva; b) com a generalidade abstrata da lei (*lex est commune praeceptum*[63] - *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*[64]), isto é, sua universalidade; c) com a perspectiva do consenso (*communis reipublicae sponsio*), ou seja, da legitimidade e, por derradeiro, d) com a perspectiva existencial – a coerção, cuja maior expressão é a irresistibilidade (*coercitio*).

Não obstante, o direito (*ius*) não se confunde com as regras (*regulas*). O Direito é tratado como uma universalidade, que ainda é uma universalidade abstrata. O

---

[60] SALGADO, Joaquim Carlos. *Op. cit.* p. 8 *et seq.*

[61] A noção de resultado não se pode conectar à linearidade do pensamento cartesiano. A razão não se manifesta na história na sucessão cronologicamente organizada dos fatos, tampouco se trata de uma rapsódia de eventos. A Razão preside seu desenrolar concatenando momentos/figuras, os quais, ainda que temporalmente deslocados, sucedem-se logicamente. Neste passo, não é descabido ou desmesurado posicionarmos o Direito Romano no ápice do processo de desenvolvimento das ciências do *ethos*. Ressalva seja feita aos movimentos constitucionalistas pós-revolucionários, não obstante sejam movimentos que se projetam sobre um Direito já cristalizado e filho dileto de Roma.

[62] "decreto de homens prudentes" Dig. I, 3, 1.

[63] "A lei é um preceito comum" *Idem.*

[64] "Não se constituem as leis para cada pessoa em particular, mas para todas em geral" Dig. I, 3, 8.

Direito somente concluirá sua faina, consagrando-se na perspectiva da universalidade concreta quando da real efetivação dos direitos consagrados nas cartas políticas pós-revolucionárias. Mas é certo que já em Roma o Direito afasta-se da simples particularidade que é a regra. O Direito é muito mais amplo, inclui as *leges,* os plebiscitos, os *senatus consulta*, as decisões do imperador (*constitutiones principium*), os editos dos magistrados e, sobretudo, os *responsa prudentium*[65].Nesse sentido, assim nos coloca Juliano:

> "*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*"[66]

Podemos, assim, concluir que o *ius* que nasce em Roma sempre é uma ponderação, o equilíbrio entre o dever e a faculdade de exigir. O *ius* é assim aquilo que é determinado pela razão, o que é efetivamente posto pela vontade e o que é exigido pelo titular do direito. É o conteúdo de racionalidade que se busca ao regular o fato. Os grandes jurisconsultos romanos já anunciavam esta relação do Direito com a razão: Celso[67], Juliano[68], Marcelo[69], Paulo[70] e Modestino[71]. Essa relação também seria anunciada pelos imperadores Constantino e Licínio em uma de suas constituições[72].

---

[65]Dig. I, 1, 7, 1.

[66]"Naquilo que está constituído contra a razão do Direito, não podemos seguir a regra do Direito" Dig. I, 3, 15.

[67]Dig. I, 3, 39.

[68]Dig. I, 3, 15.

[69]Dig. 50, 17, 183.

[70]Dig. 1, 3, 14.

[71]Dig. 1, 3, 25.

[72] Cod. 3, 1.

1.2 O Direito Público Romano

Certamente, o legado romano em matéria privada em muito ultrapassa a experiência política. Quando dizemos isso, não nos expressamos em função da dimensão ou da fidalguia da herança em matéria privada, pois tanto em sede de Direito Público, quanto Privado, a experiência romana em muito contribuiu para a formação do Direito Ocidental. O que queremos crer, em verdade, é que os institutos romanos de Direito Privado sobrevivem no Ocidente em seu cerne, sem que a evolução dos tempos os viesse a modificar em sua essência. Vejamos: os elementos constitutivos do Direito Romano[73], quais sejam: as pessoas (*personae*) – os homens ou seres abstratos de pura criação jurídica – e as coisas (*res*) – os objetos corpóreos ou abstratos, de pura criação intelectiva, considerados como submetidos em ato ou potência às necessidades, à utilidade ou aos prazeres – continuam fornecendo o substrato sobre o qual se edificou o Direito Privado Ocidental[74]. Some-se a ambos os elementos os fatos (ou atos) jurídicos, que, em gênero, englobam o trânsito e a circulação dos Direitos. De outra parte, a ideia de Estado, com organização burocrática e aparato coercitivo modificou-se no decurso da história ocidental. Sobretudo, a fragmentação territorial e do poder por que passou a Europa, seguida do Feudalismo, contribuíram para esmaecer o colorido do Direito Público. E não apenas isso. Os textos de matéria privada são muito maiores em volume e sofisticação. Esse obscurecimento do Direito Romano levou Savigny inclusive a afirmar que o direito romano não havia sido recebido no Direito moderno[75]. Nesse sentido, também afirma

---

[73]Essa constatação está presente nas sentenças de Gaio e Hermogeniano: Dig. 1, 5, 1 e Dig. 1, 5, 2.

[74] ORTOLAN, M. *Compendio del Derecho Romano*. Trad. Francisco Perez de Anaya e Melquíades Perez Rivas. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L, 1978. p. 17.

[75]SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial Góngora, [19-]. p. 55 *et seq.*

Paul Koschaker que os estudos de Direito Romano não são nada além do estudo do Direito Romano Privado.[76]

As múltiplas ordens normativas particulares que se estabeleceram nos diversos rincões europeus, como forma de auto-subsistência, alteraram e desmontaram a estrutura estatal romana. Sem embargo, os institutos de direito privado mantiveram-se, ainda que latentes, na mentalidade jurídica. É compreensível. A decadência do poder central e a ascensão do poder banal dos senhores eram incompatíveis com o que se havia erigido em matéria de direito público. Evidencia-se a noção de *res publica*, já presente em Roma e que viria a ser obscurecida. Contudo, os movimentos de recepção do Direito Romano na Europa viriam a recrudescer o interesse nos institutos de Direito privado.[77]

A separação entre Direito Público e Privado constitui um dos pilares da ciência do Direito. Efetivamente, o Direito é único. Contudo, tanto didática, quanto epistemologicamente, a segmentação assim efetuada é de extrema valia para a compreensão dos princípios e valores que imantam cada um dos ramos do Direito que se acolhem quer sob abóbada pública, quer sob o zimbório privado.

Ulpiano é o único jurisconsulto a definir o Direito Público. Em suas palavras:

> "*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim*

[76] KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1955. p. 213.

[77] *Cf.* KOSCHAKER, Paul. *Europa* ..., o*p*., *cit.* e WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. Antonio Manuel Hespanha. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit."[78]

Veja-se que nesta definição de Ulpiano já se encontra o embrião do reconhecimento de uma esfera jurídica que se ocupa do Estado e de sua administração. Contudo, quanto ao conteúdo, a definição de Ulpiano parece-nos afastada das modernas concepções de direito público. Explica-se: a lista por ele oferecida, que nos parece ser uma lista taxativa, inclui as disposições acerca das coisas sagradas, dos sacerdotes (religião) e da magistratura. Aos olhos modernos, apenas a jurisdição pode ser considerada como pertence à esfera do direito público.

As expressões direito público (*ius publicum*) e direito privado (*ius privatum*) aparecem em cotejo apenas uma vez mais nas fontes romanas. E, nesta passagem[79], apenas se elogia Tubero, um jurista mui douto, "conhecedor do direito público e privado."

A título de exemplo acerca da dificuldade em se definir em bases firmes a distinção entre direito público e direito privado, os juristas romanos vacilavam em atribuir a disciplina pública ou privada às questões concernentes à cidade (*civitas*). A visão purista aparece no Digesto, através da reprodução de um fragmento de Gaio[80], para quem o termo público (*publicum*) aplicava-se ao povo romano (*Nam "publica" appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit*), ao passo a cidade deveria ser tratada como um indivíduo privado (*civitates enim privatorum loco habentur*). Orientação semelhante

[78]Dig. I, 1, 1, 2. "Dois são os aspectos deste estudo, o público e o privado. É direito público o que se refere ao estado da coisa romana; privado o que se refere à utilidade de cada indivíduo, pois algumas coisas são úteis pública e outras privadamente. O Direito público consiste nas coisas sagradas, nas dos sacerdotes e dos magistrados."

[79]Dig. I, 2, 2, 46.

[80]"Porque a denominação de 'pública' refere-se em muitos casos ao povo romano, pois as cidades são consideradas como particulares" Dig. L, 16, 16.

encontramos na voz de Ulpiano[81], para quem apenas por dilação significativa as propriedades das cidades podem ser chamadas públicas (*Bona civitatis abusive "publica" dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*). Mesmo Ulpiano e Gaio utilizam essas expressões de modo ambíguo em outras passagens.[82]

As dificuldades com a delimitação epistemológica do direito público não cessam por aí. Há grande variabilidade no que concerne ao emprego da expressão *ius publicum*: em algumas passagens denota a totalidade da ordem legal romana e em outras se reporta a regras de caráter inderrogável. Ainda, em outras tantas, designa institutos tipicamente privados como o casamento, o dote e a tutela como pertencentes ao direito público. Nesse caso, entretanto, salienta-se que esses institutos são essenciais ao bem público, pois sua ausência importa na inviabilidade da vida social.[83] Todavia, pode-se concluir que os romanos não chegaram a distinguir claramente entre direito público e direito privado. Certamente, o que ressalta na abordagem da matéria é a conexão entre o direito público e o interesse público (*publica utilitas*).

O Direito em Roma, como já assinalamos, não possuía uma fonte única. Ao lado das *leges*, havia os plebiscitos, os *senatusconsulta*, as decisões do imperador (*constitutionesprincipium*), os editos dos magistrados e, sobretudo, os *responsaprudentium*. Nesse passo, pode-se perceber que ainda não se tinha um conceito de Estado que monopoliza a produção do Direito. O Estado, do ponto de vista conceitual, era

---

[81]"Os bens de uma cidade chama-se abusivamente de públicos, porque somente são públicos os que são do povo romano" Dig. L, 16, 15.

[82]Gaio: Dig. I, 18, 1 e Dig. XLI, 3, 9; Ulpiano: Dig. XLIII, 24, 5, 4 e Dig. L, 16, 17.

[83]*Cf.* JOHNSTON, D. *The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law. In:* CAREY MILLER, D. L; ZIMMERMANN, R. *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 87 *usque* 101.

identificado ao *populus romanus*. Somente em fins do período da República pode-se vislumbrar uma separação entre o Estado e povo, quando se constrói a imagem das *res publicae Populi Romani*, por meio das quais podia o povo romano adquirir direitos e contrair obrigações. [84]

Era nítida, contudo, a conotação privada que se emprestava ao direito, sobretudo quando se toma em consideração o agir em juízo. Cite-se como exemplo a *actio de deiectis vel effusis,* ação privada manejada em caso de homicídio. Já Papiniano, um dos últimos juristas clássicos, considera que a razão que acode ao magistrado, ao interferir no direito comum, somente pode arrimar-se no interesse público.[85] Essa percepção do interesse público só viria a ser viabilizada após o século II A. D., quando o ofício judicial passa à esfera do Estado.[86]

A dificuldade em definir e sistematizar o conceito de direito público por parte dos jurisconsultos romanos, associada à obscuridade da definição de Ulpiano, foram responsáveis pelo retardo na exploração do direito público como esfera autônoma de conhecimento. Os estudos em matéria de direito público, na Idade Média, concentraram-se no questionamento acerca da soberania e dos poderes do imperador.

Os dois conceitos basilares do direito público romano são: *imperium* e *iurisdictio*. O termo *imperium* certamente não se identifica como *regnum*. Há uma nítida diferença entre monarquia, república e império. O rei sustentava-se na força do exército,

---

[84]*Cf.* KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Trad. Samuel Rodrigues. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

[85]Dig. I, 1, 7, 1.

[86]*Cf.* JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. *Private Law and the State*: comparative perceptions and historical observations. *In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.* n. 71, 2007, p.345-397.

formado pelos cidadãos, sempre soldados. O poder do rei legitimava-se na vontade do povo, pois recebiam o poder através da *Lex curiata de imperio*, posteriormente votada nas cúrias. Já nas repúblicas (tanto patrícia, quanto patrícia-plebeia) o império distribuía-se pelas magistraturas e pelas instituições da plebe.

Há vários graus de império. Assim, afirmava-se que um cônsul possuía um *imperium* maior que um *praetor*, que o imperador possuía um *imperium* maior que um magistrado. Do mesmo modo, um magistrado não possuía qualquer império sobre seus pares e somente poderia exercitar seu *imperium* sobre um magistrado de grau inferior.[87] O *imperium* só poderia ser exercido dentro das províncias assinaladas para cada magistrado e dentro de um determinado lapso temporal.[88] Por derradeiro cumpre, ainda, observar que o *imperium* poderia ser simples indissolúvel (*merum*) – incluindo, pois, a *iurisdictio* e o poder da espada (*ius gladii* ou *potestas*) – ou misto (*mixtum*) – compreendia apenas a *iurisdictio*. O *imperium* somente sofria restrições impostas pelo próprio povo, através da *provocatio ad populum* e do *ius intercessionis*.

Polêmica toda grande relevância é a questão de se saber se o poder de *imperium* pertencia ao povo, que então o transferia aos magistrados – *imperio populi*[89] –, ou se essa expressão é pura especulação política. Teodoro Mommsen refuta a ideia de *imperio*

---

[87]*Cf.*Dig. 36, 1, 13, 4; Dig. 4, 8, 3, 3; Dig. 4, 8, 4.

[88]Dig. 1, 18, 3; Dig. 1, 17, 1; Dig. 1, 18, 17.

[89] Essa expressão é utilizada por Varro, em *De Língua Latina*, 5, 87. Consultamos a tradução francesa MACROBE; VARRON; POMPONIUS MÉLA. *Oeuvres Complete; De la Langue Latine; Oeuvres Completes.* Trad. M. Nisard. Paris: J. J. Dubochet, Le Chevalier Éditeurs, 1850. Essa expressão também aparece no prefácio da *Res Gestae* de Augustus: *Rerum gestarum divi Augusti, quibus orbem terrarum imperio populi Romani subiecit* ("Abaixo uma cópia dos feitos do Divino Augusto, pelos quais submeteu o mundo ao poder do povo romano") – e ainda em outro trecho: I, 27. *Cf.* AUGUSTUS, Octavianus. *Res Gestae. In:* AUGUSTUS. *The Deeds of Divine Augustus*. Trad. P. A. Brunt e J. M. Moore. Oxford : Oxford University Press, 1969. Consultamos também a tradução para o português: SUETÔNIO ; AUGUSTO. *A vida do Divino Augusto. Os Feitos do Divino Augusto*. Trad. Matheus Trevisan, Paulo Sérgio Vasconcellos, Antônio Martinez de Rezende. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

populi, sempre lançando mão da expressão Estado para se referir à realidade política de Roma. Mommsen vê na sucessão de César (um ditador) a ascensão de um novo regime, ao qual não empresta a ideia de um principado decorrente do exercício das magistraturas. Nesse passo, não distingue entre as ideias de império e monarquia. Ao império, que se aparta do império republicano, são atribuídas a extensão de todos os territórios (*imperium infinitum*) e a superioridade suprema (*imperium maius*)[90]. Contudo, outros autores entendem que, em verdade, a partir da ascensão de Otaviano Augusto, configura-se não um império do príncipe, mas um *imperio populi*[91]. Sem nos imiscuir na polêmica, a conclusão que se pode extrair reside na importância do conceito de *imperio*, que, em vernáculo, também pode assumir a tradução de poder. Já em Roma tinha-se a dimensão do papel nevrálgico do conceito de poder e sua origem, como forma de delimitar as bases valorativas do Estado. O poder – *imperio* -, entretanto, confunde-se com a aptidão para ditar e executar o Direito, isto é, com a administração da justiça. Vejamos.

O sentido original da palavra *iurisdictio* remonta à concessão de um remédio legal às questões de ordem civil (*iudicium dare*) e, portanto, privada. O termo, contudo, posteriormente abrangeria os procedimentos de ordem administrativa e criminal.[92] A *iurisdictio* incluía todos os poderes necessários à administração da justiça, salvo os atos de concretização forçada, pois estes pertenciam ao *imperium*[93]. A*iurisdictio*, pois, permaneceria

---

[90] MOMMSEN, Teodoro; MARQUARDT, Joachim. *Manuel des Antiquités Romaines.* Trad. Gustav Humbert. Vol. I. Paris: Albert Fontemoing, 1907. p. 24.

[91] POLETTI, Ronaldo. Otaviano Augusto. O *imperium populi.* O império do Brasil. *In: Panoptica.* Ano 1, n.2. out. 2006. Vitória, p. 60-72.

[92]*Cf.* LAURIA, Mario. *Iurisdictio. In:* Studi in Onore de Pietro Bonfante. Vol II. Milano: Frateli Treves, 1930. p. 492 *et seq.*

[93]*Cf.*Dig. 2, 1, 4; Dig. 50, 1, 26.

vinculada ao domicílio daquele que a pleiteasse, a limites geográficos e financeiros e, sobretudo, limitada ao magistrado apontado, sob pena de nulidade. [94]

A partir dessa breve caracterização dos conceitos de *iurisdictio* e *imperium*, pode-se concluir que em Roma já se buscava conceber um ofício, cujo exercício implicava na investidura em certos poderes, conferidos pelo Direito. Some-se a isso a conceptualização dos limites do poder, pois aquele que os extrapola, gera ato, sobre o qual pode se aplicar a sanção da nulidade. E, ainda, dada a gradação do poder de *imperium*, em Roma já se podia vislumbrar um mecanismo de controle hierárquico do poder.

O conceito de poder é central no desenvolvimento do Direito Público Romano e sua posterior recepção no Direito Ocidental. É certo que a esfera pública começa a se desenvolver de modo tímido. Contudo, na época pós-clássica, com o aumento do número de cidadãos, em decorrência da concessão generalizada da cidadania aos súditos do império e o consequente incremento da complexidade das relações sociais conduziram ao desenvolvimento e aumento em número das normas de Direito Público no Código Teodosiano.[95]

Note-se, pois, que o desenvolvimento do direito público carecia de bases tão estáveis quanto as do direito comum. Não obstante, podem-se extrair duas tendências naquilo que tange à relação entre direito público e privado: a) a matéria de direito público

---

[94]Sobre a *iurisdictio* e suas características, confiram-se os seguintes fragmentos do *Corpus Iuris Civilis*: Dig. 2, 5, 2; Dig. 5, 1, 2, 5 - 6 ; Dig. 2, 1, 20; Dig. 50, 16, 239, 8; Dig. 2, 1, 15; Dig. 5, 1, 2.; Dig. 1, 16, 2 Dig. 1, 21, 1; Dig. 1, 14, 3; Dig. 2, 2, 1, 2; Dig. 49, 1, 23, 1; Cod. 3, 3, 1 (242); Cod. 3, 4, 1 (440) ; Cod. 8, 1, 2 (260).

[95] HERNADEZ-TEJERO, Francisco Jorge. *Compendio de Derecho Romano*. Marid: Universidad de Madrid Sección de Publicaciones, 1966, p. 23.

sempre tangenciava o chamado interesse coletivo (*publica utilitas*) e b) as normas de direito público eram inderrogáveis pelas normas de direito privado[96].

Em vários dos reinos bárbaros que retalharam o Império Romano do Ocidente formaram-se compilações de Direito Romano, mediante o aproveitamento de excertos que vigeram durante a época pós-clássica, notadamente a *Lex Romana Wisigothorum*. Assim, durante certo tempo, a influência romana não deixou de infiltrar-se nos costumes e leis bárbaras. Quanto à península itálica, a codificação justinianéia manteve-se e se difundiu, sobretudo, na porção meridional. O período seguinte foi marcado pelo obscurecimento da vida jurídica, sendo retomado o estudo do Direito Romano apenas em fins do século XI. Contudo, essa retomada do estudo do Direito Romano focou-se nas disposições de Direito Privado.[97] Entretanto, o século XVI viria a retomar o interesse pelo direito público, sobretudo com os trabalhos de Jean Bodin acerca da soberania[98]. Os textos romanos sobre *iurisdictio* e *lex regia* continuariam a povoar o debate sobre soberania no século XVII.

O desenrolar dos debates sobre soberania, absolutismo e controle dos poderes acabou por se desvencilhar da realidade paradoxal romana – na qual, a um só tempo, se podem buscar as bases da teoria absolutista e do controle dos poderes. O debate acerca do direito público fluiria por si só, sem a constante rememoração dos textos clássicos.

---

[96]*Cf.*Dig. 2, 14, 38 e Dig. 50, 17, 45, 1.

[97] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano e Historia de las Fuentes.* 13 ed. Valladolid: Editorial Sever-Cuesta, 1977. p. 165 *et seq.*

[98]*Cf.* BODIN, Jean. *Les six Livres de la République*. Vol. I. Paris: Fayard, 1986, capítulo X e BODIN, Jean. *De la République ou Traité du Governement. s. l.*, *s. e.*, 1756. p. 266 *et seq.*

2.Origens da História de Roma

Bem se sabe que a tradição oral predominou nos primórdios da civilização romana. A impossibilidade de reconstrução de um ambiente histórico e social longínquo impõe-nos a necessidade de nos fiar, com as ressalvas metodológicas de que logo trataremos, na tradição clássica, sobretudo na literatura de testemunho, como a de Fabius, Tito Lívio e Dionísio de Halicarnasso, que compõem a chamada história interna do Direito Romano.

O primeiro assim considerado historiador de Roma – Quintus Fabius Pictor (254, a. C.-?) – produziu uma obra de anais, cujos fragmentos que nos chegam consistem em *annales pontificum, fasti*, *libri pontificum* e *augurale* e *laudationes* (textos poéticos). A questão que se nos coloca é a da autenticidade dos eventos ali narrados, na medida em que possam configurar uma mescla, até certo pontode difícil separação, entre realidade histórica e exercício poético. A pretensão de Fabius é construir uma história atrelada à realidade, que pudesse parecer autêntica. Seus *annales pontificum* começam *ab initio rerum Romanarum*, calcando-se nos registros dos pontífices, que construíram o calendário romano (ou cada período da realeza). A hipótese levantada por Niebuhr[99] consiste em que as referências temporais e de datação histórica são resultado de um amálgama de fragmentos de natureza poética e elementos históricos esparsos e, portanto, a cronologia tradicional de periodização histórica da Roma antiga é criada para adaptar-se a estas primeiras narrações.

---

[99] NIEBUHR, B. G. *Lectures on the History of Rome.* Trad. Leonhard Schmitz. London: Taylor and Walton, 1848. p. 2.

A narrativa de Tito Lívio diverge profundamente da narração de Dionísio de Halicanasso. O primeiro livro da já citada obra *Ab urbe condita* foi escrito sem datação histórica precisa, isto é, sem assinar os exatos anos aos eventos ali narrados. Neste ponto, parece ter seguido a lógica da obra – poética – de Ennius. Comparem-se os seguintes fragmentos:

> *"Teque pater Tiberine tuo cum flumine sancto"*[100]

> *"[...] 'Tiberine pater' inquit, 'te sancte precor; haec arma et hunc militem propritio flumine accipias"*[101]

Dionísio de Halicarnasso parte da pressuposição de que é possível restaurar a história de Roma, tentando reconstruir o passado de um modo arbitrário, inserindo comentários pragmáticos de sua própria autoria acerca da era mítica.

A transição do mito para o discurso histórico racionalmente articulado é longa e exigiu do gênio romano transportar do ambiente grego para o Lácio o *logos* demonstrativo. Não se poderia esperar que a história romana, assim como, de um modo geral, a narração histórica das mais antigas civilizações, inclusive a judaica, fosse suportada por uma metodologia histórica mais apurada e com caráter depurativo. Mito e realidade acabam por fundir-se, de modo que a compreensão daquele contexto cultural deve, necessariamente, tomar em consideração esse aspecto.

---

[100]ENNIUS, Libb., XVIII, 20. *In:* ENNIUS. *Quinti Ennii Annalium*. *S.l.*: Sumtibus Librarie Hahnianae, 1825. p. 6. Tu, pai Tíber, com seu fluxo sagrado.

[101] TITO LIVIO. *Op. cit.* II, 10, 11. Pai Tíber, rogo-te aceitar em seu leito estas armas e este soldados.

Vejamos alguns exemplos, alguns de claridade solar, do conteúdo mítico das narrações históricas acima referidas: a lenda da concepção miraculosa de Rômulo, o rapto das mulheres sabinas e a ascensão de Rômulo durante um eclipse solar.

O mesmo se pode dizer do longo reinado de Numa e seu casamento com a deusa Egeria, o que, para os contemporâneos de Scipio, foi considerada uma alegoria das guerras Púnicas. O mesmo se pode dizer do combate entre os *Horatii* e os *Curiatii*, que, segundo narra a lenda, haveriam nascido no mesmo dia do ventre de duas irmãs. Veja-se, ainda, a desproporção histórica da periodização dos eventos que envolvem o reinado de Tarquinius Priscus, pois quando sua esposa o faz jurar não reinar a coroa de seu padrasto, contaria 115 anos. Sobre o reinado de Servius, recorda-se que durante sua infância uma coroa de chamas circundara sua cabeça. Collatinus é tido como irmão de Tarquinius Priscus, mas seu nascimento ocorrera mesmo antes que Tarquinius Priscus se trasladasse para Roma.

As disparidades mais flagrantes, que envolvem datações pouco prováveis e mesmo inverossímeis, juntam-se a distorções de ordem lógica. Brutus é tido como ocupante da magistratura do *tribunus celerum*, chefe da ordem eqüestre, com competência para convocar o Senado, promover importantes sacrifícios, dentre outras honrarias. Seria improvável que o Rei houvesse apontado para semelhante magistratura um homem por ele considerado idiota e, por essa razão, privado da administração de seus bens pelo próprio Rei. É possível, contudo, que Brutus simulasse sua idiotia, para subtrair-se à avareza e inveja reais.

As principais fontes históricas dos primórdios da Roma antiga, isto é, do período da Realeza, são, do ponto de vista cronológico, os *fasti* e os *annales pontificum* e, desprovidos de datação cronológica, as *laudationes,* os *libri pontificum* e os *augurales* e mesmo poemas. Embora grande parte da obra poética seja dotada de verossimilhança histórica, seus personagens surgem, no mais das vezes, como personificação da própria história, como no caso de Rômulo, filho de Marte, e Numa, esposo de Egeria. Rômulo e Numa formam assim, por significação poética (e impossibilidade histórica), o primeiro *saeculum* da história romana.

A literatura grega tampouco nos dá conta dos primórdios da história romana, devido a um certo alheamento entre a civilização helênica e o povo do Lácio. Apenas com o estoicismo imperial a filosofia ocidental se conformaria como filosofia greco-romana. Mesmo os gregos do sul da península itálica, como Tucídides e Herodotus, não legaram informações sobre a história de Roma.

Em verdade, a principal fonte de dados históricos da Roma Antiga reside nos poemas, sobretudo no verso saturniano[102], utilizado antes da poesia grega, nos *naeniae*, canções típicas dos funerais[103] e nas *laudationes*. Em especial os *naeniae* e as *laudationes* eram mantidos no *atrium* e são fontes expressivas da mais remota história romana.

---

[102]*Horridus ille defluxit numerus Saturnius*, nas palavras de Horácio. (*Cf.* Q. HORATI FLACCI EPISTVLARVM LIBER SECVNDVS, I, 155). O verso saturniano caracteriza-se por um número fixo de pés, em geral quatro, de três sílabas cada. Consultamos as obras de Horácio na edição bilíngüe norte-americana: HORÁCIO. *The Works of Horace.* Trad. C. Smart, A. M.. Vol. I e II. Filadélfia: Benjamin Warner, M. Carey & Son, David Hogan, Alexander Towar, 1821.

[103] Assim canta o poeta Horácio: "*absint inani funere naeniae*" (*Cf.* Q. HORATI FLACCI ODE XX AC MAECENAS, 20). A lamentação que a que se refere Horácio é típica de um período posterior. Nos primórdios da Roma antiga, enquanto predominou o culto privado da religião, os mortos eram lembrados e invocados em benefício de Roma e de seus descendentes.

Niebuhr[104] levanta a hipótese de que Tito Lívio tenha tido acesso a poemas épicos heroicos, deles sorvendo informações para sua narração. Esclarece-nos, contudo, que seu acesso a essas fontes ocorreu de forma indireta, por intermédio do gramático Varro.

Estes primeiros registros da história de Roma foram, em grande medida, destruídos pela conflagração gálica e, posteriormente, restaurados. Os poemas, conquanto alterados por sucessivas gerações de tradição oral, bem como as *laudationes* formam o substrato com os quais trabalhara Fabius, cuja obra é o que nos chega.

Saliente-se, outrossim, a expressiva falsificação de determinados eventos históricos na literatura de testemunho, quer por razões de ordem familiar (*v.g*, a desproporcional minúcia do tratamento das campanhas de Fabius Maximus Rullianus na obra de Tito Lívio), da ordem do orgulho romano (distorção dos episódios da guerra contra Porsenna, do saque de Roma pelos Gauleses, a derrota de Caudium), ou mesmo de ordem política (da suposta condenação pelo povo de Manlius e da suposta determinação pelo povo do exílio de Camillus, pode-se inferir que, em verdade, tenham sido determinações das cúrias).

Somente a partir da guerra contra Pirro e da primeira Guerra Púnica surgem narrações históricas mais precisas, por intermédio da literatura grega. Muito, portanto, permanecerá nublado em nossa exposição, parecendo, por vezes, confuso. Buscar-se-á, contudo, aclarar o conteúdo, distinguindo, na medida do possível, hipóteses de fatos.

---

[104] NIEBUHR, B. G. *Op. cit.* p. 14.

2.1 As origens de Roma

É correntemente aceita a hipótese de que a civilização romana tenha se originado de uma liga de propósitos militares, que congregava três diferentes etnias – sabinos, latinos e etruscos - a liga *septmontium*. Some-se a isso, a tradicional imagem mítica do rapto das mulheres sabinas por Rômulo (de origem etrusca), e ter-se-á, perfunctoriamente, o quadro do surgimento étnico da civilização romana.

A história da fundação de Roma remonta, contudo, à cidade grega de Tróia. Supostamente, segundo nos narra a lenda da fundação da Cidade, Rômulo e Remo eram descendentes maternos do troiano Enéias, incumbido pelo destino de fundar a segunda Tróia, destruída pelos gregos[105]. Desde que a própria existência de Tróia fora questionada por Dion Chrysostomus[106], a questão de se saber se, efetivamente, Enéias chegara à Itália ganha corpo na historiografia romana[107]. A superação desta historiografia ingênua leva-nos, agora, a um ponto ainda mais distante: a lenda grega chegou até Roma, ou é nativamente romana? Há substrato fático que dê ensejo à elaboração mítica?

A civilização helênica, em tempos imemoriais, fora formada por duas etnias: pelasgos e gregos. A península itálica, a costa oriental do mar Adriático, Épiro, Macedônia, a costa setentrional da Trácia, as ilhas do mar Egeu, bem como as costas da Ásia Menor até o Bósforo eram habitados por pelasgos. Os poemas homéricos dão conta da longínqua conexão entre pelasgos, tirrenos, troianos e samotrácios. Essa raça de

---

[105] A mais expressiva narração da lenda de fundação de Roma encontra-se na Eneida de Virgílio.

[106] Veja-se o undécimo discurso de Chrysostomus. Consultamos a tradução norte-americana, cotejada com o texto grego: HENDERSON, Jeffrey. *Loeb Classical Library.* Trad. J. W. Cohoon. Vol. I. Boston: Harvard University Press, 1932-1951. p. 445.

[107] *Cf.* o estudo seminal e pioneiro de RYCKIUS, Theodorus: *Dissertatio de Primis Italiae Colonis et Aenea Adventu*, *In:* HOLSTENII, L. *Byzantinus*. Vol. II. Apendix II. Lipsiae: *s.e.*, 1825. p. 39 *et seq.*

pelasgos desaparece como unidade, restando diversas tribos esparsas no continente europeu, dentre elas a tribo Siculi, ou também conhecida como Vituli, Vitelli ou Vitali Itali, que ocupava o Lácio e a costa do mar Adriático. É justamente essa tribo, da etnia dos pelasgos, que conforma a Itália antiga, ao sul do Tíber, limitada do norte ao leste pela linha de Gárgano, e ao oeste por Terracina: aquela a que alude Plínio, o Velho: *querno folio similis*[108].

O sul da Itália era povoado pela tribo dos Oenotri e dos Peucetto, o norte pelo Liburnianos e a costa pelos Tirrenos do Lácio. Um povo do centro da Itália, Opici, acabou por subjugar as populações do norte e do sul. Os Opici surgem sob diversas nomenclaturas: Apuli, Apulicus ou Apululus, dominando a cena até os limites do Lácio. Os sabinos, que se auto-intitulavam autóctones, originários das montanhas de *Abbruzo*, por seu turno, exerceram pressão sobre os oscanos. Some-se a esse quadro, ainda, a etnia dos úmbrios e etruscos e ter-se-á estabelecida a impossibilidade de distinção da evolução étnica das tribos que habitavam a península itálica.

As seguidas e prolongadas interconexões étnicas, que surgem como fenômenos históricos de longa duração, tornam o quadro por demais obscuro, para fornecermos uma visão clara, sob quaisquer bases. Importa, entretanto, observarmos que a Roma antiga não possui qualquer homogeneidade étnica. Isso repercute diretamente no objeto deste trabalho. Note-se que, como será observado mais adiante, o surgimento do fenômeno jurídico não se aparta da base moral sobre a qual se arrima. As diversas tribos

---

[108] PLINIVS SECVNDVS. *Naturalis Historia*. II, VI, 1. Tradução de E. Littre. *In:* NISARD, M. *Collection des auteurs latins*. *s/e*. Paris: 1877; FESTUS, *Breviarum*. M. 222; 178. (Referencia-se, aqui, a edição crítica de Guilielmus Münich, publicada no *Corpus Historicum Latinorum* organizado por RUHKOPF, F. E. e SEEBODE, I. D. *Corpus Historicum Latinorum*. Vol. 15. Hannover: *s. e.*, 1815.)

que formaram a Roma antiga, carregando consigo suas tradições e costumes, forneceram um substrato normativo mais árido e desagregado para o futuro império. O Direito, como fenômeno normativo universal, que surge em Roma, é resultado do movimento de superação deste quadro inicial, na medida em que estabelece uma ordem normativa universal e abstrata. Hipoteticamente, um quadro étnico de maior estabilidade e homogeneidade, não testemunhando a hipossuficiência da moral, não forneceria o substrato fecundo para o surgimento desta ordem normativa que se tornaria privilegiada em todo o Ocidente. O mediterrâneo, com sua diversidade, não por acaso, é o leito fecundo do surgimento do fenômeno jurídico.

2.2 A Questão da Datação

Este trabalho precisa balizar-se por uma datação dos diversos períodos da história romana, sob pena do esforço dialético perder-se nos meandros da história. O esforço conceitual, que busca apreender a racionalidade imanente à processualidade histórica do desenvolvimento do Direito romano, certamente não fica adstrito à cronologia. O princípio do progresso, a presidir a evolução da ordem normativa ocidental, não pode ser compreendido com as amarras da cronologia, muito mais simpática à ordem causal dos fenômenos. Há que se buscar a compreensão dialética dos fenômenos históricos. Dialeticidade tão esgarçada pelo discurso, até mesmo vulgarizada, mas que, aqui, assume seu conteúdo próprio: a compreensão do princípio da necessidade. A perspectiva analítica, pois, não se pode coarctar pelas amarras do tempo, reclamando para si as asas da razão astuciosa.

Não se pode, contudo, desprezar o ferramental básico da historiografia. Os recortes temporais são necessários para um esforço inicial de compreensão analítica, que traça o quadro geral de desenvolvimento das fontes.

Tradicionalmente, utilizam-se duas perspectivas para a periodização do desenvolvimento histórico da Roma antiga. Fala-se, pois, em uma história interna e em uma história externa do Direito Romano. O recorte interno dá relevo à construção conceitual do Direito, na medida em que a *ratio* romana impõe ao fenômeno normativo a universalidade. Nesse sentido temosum período quiritário, ou genuinamente romano, que se estende desde a fundação da cidade ao fim da Guerra contra Aníbal em 218-220 a. C., um período do Direito das gentes (*ius gentium*), que se inaugura com o fim das Guerras

Púnicas contra Cartago, no qual se inscreve o período Clássico do Direito Romano universal, e um período Pós-Clássico, que marca da decadência política da Roma antiga, cuja principal marca é a edição do *Corpus* justinianeu, período também conhecido como Direito heleno-romano. O recorte interno, se prima por lançar luzes mais claras sobre o fenômeno jurídico, impõe maiores dificuldades de datação precisa. O recorte externo enfoca o desenvolvimento das estruturas políticas romanas que, em última medida, interferem na própria evolução do fenômeno jurídico. Sob essa perspectiva, temos o período da Realeza – que se estende desde a fundação da cidade, em 754 a. C., até o ultraje de Lucrécia; a República, cuja data de instalação tomamos em 509 a. C., estendendo-se até o segundo triunvirato e a inauguração do principado de Otaviano Augusto; e o Império que estende do ano 27 a. C a 565 d. C, subdividido em dois períodos: o Principado e o Dominato.

As datas acima referenciadas são aproximações que permitem uma lida mais clara com as informações históricas. Para os objetivos desse trabalho, impõe-se como escolha metodológica a adoção, como critério norteador dos recortes temporais, de uma das perspectivas da história romana.

A perspectiva interna da história romana, se está baseada nas marcas de evolução do Direito Romano, é, a um só tempo, marcada por certa ausência de linearidade, na medida em que o trabalho do negativo exerce seu papel histórico de confrontamento e superação. Neste passo, adotar-se-á como demarcação histórica desse trabalho o recorte externo da história romana, pois, assim, o objetivo de explicitar as relações entre o desenvolvimento político da Roma antiga e o desenvolvimento das fontes poderá transparecer com maior claridade. Quiséssemos, apenas, explicitar as fases de

desenvolvimento do Direito Romano, então o recorte interno ser-nos-ia mais adequado. Ocorre, contudo, que aqui se busca explicitar o caminhar do Direito na História, à medida que acompanha o caminhar do Estado. Nesse sentido, os recortes externos ser-nos-ão ainda mais úteis, eis que dão relevo ao desenvolvimento e progresso do Estado Romano.

O analisar do desenvolvimento das fontes do direito romano é consequência da aplicação do princípio do progresso à ciência do Direito. Princípio que granjeou espaço nas ciências do Espírito, sobretudo, após os trabalhos de Spencer[109], ainda no século XIX. No campo do Direito, foram os trabalhos de G. B. Vico[110] os responsáveis pela internalização desse conceito filosófico, cujos frutos vicejaram na Escola Histórica, capitaneada por Savigny. O Direito Romano, pois, é o único sistema jurídico que nos permite compreender a profundidade do princípio do desenvolvimento, na medida em que nos permite acompanhar, através dos registros das fontes, toda sua existência, é dizer, seu surgimento, plenitude e ocaso. Ainda que se possa admitir a permanência do Direito Romano como matriz dos sistemas jurídicos europeus continentais e dos demais sistemas que destes derivaram, a crise do império romano significou o crepúsculo de um sistema vigente. Neste desiderato, a análise da história das fontes serve, ademais de evidenciar a íntima relação entre o desenvolvimento do Estado, ou melhor, da ideia de Estado, ao propósito de compreender o princípio do desenvolvimento.

Ainda uma questão acerca da datação. É comum em obras de romanistas de escol a opção pela datação que toma como referência do ano zero a fundação da cidade de Roma, o também conhecido calendário de Rômulo. Optar-se-á, todavia, no contexto

[109] *Cf.* em especial SPENCER, Herbert. *Illustrations of Universal Progress*: a series of discussions. New York: D. Appleton and Company, 1867. p. 386 *et seq.*

[110] VICO, G. B. *Principes de la Philosophie de l'Histoire*. Brusselles: Adolphe Wahlen, 1833. p. 389 *et seq.*

deste trabalho, pela contagem de tempo segundo o calendário Gregoriano, fazendo, sempre que necessário, menção às demais notações.

2.3 Fontes das Fontes

A questão de se estudar a evolução histórica das fontes do Direito Romano passa, invariavelmente, pelas dificuldades de acesso às fontes propriamente ditas. O desenvolver do Direito Romano, até a edição das Leis das Doze Tábuas Decenvirais,foi marcado pelo predomínio da oralidade e do costume. É a partir da elaboração das Doze Tábuas que as fontes assumem feições de concretude escrita.

Neste passo, acessá-las depende, em última análise, de dois procedimentos distintos. O lapso temporal que cobre boa parcela da Realeza pode, pois, ser acessado através da literatura de testemunho, notadamente por meio das obras de Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso e Fabius. De outra parte, os períodos que se sucedem deixaram registros históricos e evidências mais salientes, à medida em que as normas escritas granjeavam espaço no seio do *ethos* romano.

As compilações das fontes do Direito Romano devem muito ao trabalho de duas ciências: a papirologia e a epigrafia. Ao passo que a papirologia, fundada por orientalistas, lida com inscrições sobre papiros, destacando-se as coletâneas egípcias de *Crocodilópolis* e *Oxyrhyncus*, já citadas neste trabalho, a epigrafia cuida de desvendar grafemas em inscrições arqueológicas, sobretudo em materiais como pedras, metal, cerâmica, cera, todos de maior durabilidade.

A principal coleção de inscrições latinas, contemplando em grande medida a totalidade das fontes conhecidas do direito romano, encontra-se no *Corpus Inscriptionum*

Latinarum (CIL). O projeto do CIL foi iniciado por um dos mais notáveis romanistas de todos os tempos: Theodor Mommsen. O CIL é uma coleção quase exaustiva das inscrições do Roma Antiga. Projeto iniciado em 1853, sob os auspícios da *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften*, o CIL está organizado em 17 volumes principais, aos quais se acrescem 13 volumes adicionais, compreendendo cerca de 180.000 inscrições. Os esforços da Real Academia Prussiana de Ciências sucederam-se e se somaram àqueles de outros epigrafistas e arqueólogos europeus, notadamente os esforços de Cola di Rienzo e Scaliger, os quais, não obstante sua tenaz dedicação à compilação de inscrições latinas, nunca lograram obter uma edição criticamente organizada[111].

Ao passo que seu primeiro volume reúne as inscrições mais antigas até aquelas que datam da morte de César, os demais volumes estão organizados segundo a localização geográfica das inscrições encontradas.

O CIL será utilizado, assim, como fonte primordial das evidências colhidas para a realização deste trabalho, na medida em que oferece a mais ampla compilação de inscrições. Outras coletâneas serão subsidiariamente utilizadas, porquanto oferecem um conjunto menos amplo, porém mais crítico, das inscrições constantes do CIL. Destaque-se a obra de Hermann Dessau, *Inscriptiones Latinae Selectae* (ILS), organizada em três volumes, contendo parte das inscrições do CIL, a compilação de Carolus Georgius Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*(BRUNS), bem como as compilações de P. F. Girard e F. Senn, *Les Lois des Romains*(Girard) e Salvatore Riccobono e Arangio Ruiz *Fontes iuris romani anteiustiniani* (FIRA).

[111] Sobre o projeto do CIL, *Cf.* SCHMIDT, Manfred G. *Coprus Inscriptionum Latinarum*. Berlin: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2001.

Os fragmentos citados serão, sempre que possível, referenciados segundo sua localização no CIL, tomados segundo o volume e número da inscrição. As inscrições também poderão ser referenciadas segundo sua localização no ILS, utilizando-se a mesma metodologia de citação.

A consulta ao *Corpus Iuris Civilis* terá como referência a edição de Mommsen de 1854, já antes referenciada. As demais referências serão feitas na medida de sua necessidade ao longo deste trabalho.

3 – A Realeza

3.1 A Itália Primitiva

A Itália primitiva está longe de ser considerada como detentora de uma unidade social ou política. O século VIII a. C. sequer foi testemunha de uma unidade étnica, como acima salientado.

Roma foi fundada em território latino, a cerca de vinte quilômetros da desembocadura do rio Tíber, em sua margem esquerda.

A formação da cidade de Roma foi precedida por um tipo de organização social distinta, baseada no núcleo familiar e sua projeção sobre o território. Um tipo de tecido social presente em épocas propriamente históricas[112] em povoados isolados dos núcleos urbanos, sob a permanente influência de cidades gregas e etruscas.

Esse tipo de agrupamento social centra-se no *pagus*, pequena circunscrição territorial que encerra vários *vici*, aldeias ou grupos de moradias que a arqueologia comprova existir em solo romano em tempos anteriores ao século IX a. C.Os diversos *pagi* associavam-se, como já observado, em ligas de caráter religioso-militar. Seus rituais e festejos deixaram vestígios arqueológicos, dentre os quais podemos salientar a Liga *Septmontium*, que congregava três *pagi* do monte Palatino, três do monte Esquilino, e um *pagus* do monte Celio.

Um desses diversos *vici* que integravam a Liga, precisamente uma tribo que ocupava o monte Palatino, onde hoje se localiza a cidade de Germal, tornou-se mais

[112] O termo opõe-se, aqui, aos tempos imemoriais, que remontam à fundação da Cidade.

compacta, defendida por bastiões de terra e circundada por uma linha de limite: o *pomerium*. É o que a tradição chama *Roma Quadratta*[113].

A questão de saber-se o grau de concentração urbana nestes primórdios da história de Roma é delicada e se insere no contexto das conjecturas acerca da influência etrusca sobre a formação romana. Muito se tem dito a respeito do alcance da influência etrusca, em especial naquilo que tange à formação da cidade como espaço e território, bem como naquilo que toca à configuração política de Roma. É importante observar-se que a expansão etrusca em direção ao sul da península itálica, a dominação de Roma por essa gente, que ilustra, inclusive, o panteão de reis romanos, o caráter etrusco da simbologia e a introdução de técnicas construtivas nitidamente etruscas dão prova da influência que exerceram sobre Roma.

Esse agrupamento social é o estágio *pré-citadino* da história romana, em que comparece a família como núcleo central de poder e normatividade.

[113]Cf. DE SANCTIS, Gaetano. *Storia dei Romani*. Torino: Bocca, 1907. p. 187 *et seq*. Ainda, Messala, *apud* Aulo Gélio: "*antiquissimum autem pomerium quod a Romulo institutum est Palatini montis radicibus terminabatur*", *In*: AULU-GELLE. *Ouevres complètes d'Aulu-Gelle*. Vol. 31. Paris: Garnier, 1863. p. 149/150.

3.2 A organização da Roma pré-citadina

As cogitações acerca das fontes do Direito romano, se tomadas sob uma perspectiva da ortodoxia jurídica, devem prescindir de qualquer ilação acerca da Roma pré-citadina, porquanto ainda inexistente a Cidade, é dizer, ainda inexiste o próprio Estado-Político.

Ocorre, contudo, que é imprescindível investigar as bases sobre as quais se erigiu o edifício normativo romano, pois, nas palavras já citadas de Norberto Bobbio, "o ordenamento jurídico não nasce de um deserto"[114]. Destacam-se duas hipóteses para explicar o contexto social e normativo do estágio pré-citadino da Roma antiga: a hipótese do matriarcado e a hipótese do matrimônio.

Alguns antropólogos apontam a promiscuidade, que em certa medida contaminava as sociedades primitivas, como responsável por um modelo de sociedade pautado no matriarcado. Essa hipótese busca a sustentação da ordem social no simples fato do nascimento. Tendo como pressuposto a inviabilidade da determinação do pai, bem como a proximidade afetiva entre mãe e filho, o único vínculo que se podia estabelecer reportava-se à figura materna.

Nessa perspectiva, não se pode falar na família como célula *mater* da organização política. Não se poderia conceber o patriarcado e a autoridade do pai como elementos fundantes da unidade familiar. A crítica ao patriarcado surge com o desenvolvimento dos estudos antropológicos acerca das sociedades primitivas. Nesse sentido, as palavras do etnologista escocês John McLennan:

[114] *Id. Ibid.*

> "O mais antigo sistema no qual a ideia de um relacionamento sanguíneo estava presente foi um sistema de descendência através das mulheres, unicamente. Quando um homem percebia o fato consangüinidade no caso mais simples – nomeadamente, que ele possuía sangue de sua mãe nas veias, ele podia rapidamente perceber que ele era do mesmo sangue que outras crianças. Um pouco mais de reflexão lhe dará a capacidade para perceber que ele era do mesmo sangue que seus irmãos e irmãs da mesma mãe. (…) E, com o passar do tempo, seguindo os laços de sangue através de sua mãe, e mulheres do mesmo sangue, ele deverá chegar a um sistema de descendência através das mulheres." [115]

No mesmo sentido afirma o antropólogo norte-americano Lewis Henry Morgan:

> "Como a descendência na linha feminina é arcaica, e mais de acordo com a condição primitiva da sociedade que a descendência na linha masculina, há uma presunção a favor dessa antiga prevalência entre as gentes gregas e latinas. Some-se a isso que quando a forma arcaica de uma transmissão organizada foi descoberta e verificada, é impossível concebê-la na sua origem como nas formas mais avançadas [descendência através do varão]." [116]

A hipótese do matriarcado desconhece a geração e a hereditariedade na determinação do estado jurídico das pessoas, baseando-se no simples fato do nascimento. Não nos parece, entretanto, que essa seja a posição mais adequada. As observações de McLennan e Morgan tomam como objeto de análise povos selvagens não ocidentais. Partindo desse pressuposto, buscam generalizar uma observação, estendendo-a, como hipótese, aos povos helênicos e latinos. A suposta horda de promiscuidade que impediria o entabulamento de relações afetivas mais próximas ao pai não é suficiente para afastar

---

[115] "*That the most ancient system in which the idea of blood-relationship was embodied, was a system of kinship through females only. Once a man has perceived the fact of consanguinity in the simplest case – namely, that he has his mother's blood in his veins, he may quickly see that he is of the same blood of other children. A little more reflection will enable him to see that he is of one blood with the brothers and sisters of his mother. (…) And, in the process of time, following the ties of blood through his mother, and females of the same blood, he must arrive at a system of kinship through females*." McLENNAN, John Ferguson. *Primitive marriage:* an inquiry into the origin of form of capture in marriage ceremonies. Edinburgh: Adam and Charles Black, 1865, p. 154 *et seq*.

[116] "*Since descent in the female line is archaic, and more in accordance with the early condition of ancient society than descent in the male line, there is a presumption in favour of its ancient prevalence in the Grecian and Latin gentes. Moreover, when the archaic form of any transmitted organization has been discovered and verified, it is impossible to conceive of its origination in the later more advanced form.*" MORGAN, Lewis Henry. *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*. Henry Holt and Company: New York, 1907, p. 344

sua autoridade aglutinadora no seio familiar, que decorre, em última análise, de sua posição de pontífice no culto familiar.

Como hipótese mais aceita, o matrimônio surge como instituto fundante da unidade familiar e, pois, como instituto angular da sociedade romana pré-citadina. O matrimônio é a base da família, que consubstancia a célula *protopolítica* indivisível de Roma.

A família compreende todas as pessoas, de ambos os sexos, que descendiam, por linha direta de um varão e que houvessem sido concebidas na vigência de um matrimônio legítimo, bastando como prova da descendência a presunção derivada do fato de possuir o mesmo patronímico. Como, sob a perspectiva natural, só se pode ter um pai, assim também só se pode pertencer a uma família, derivando daí o princípio da exclusividade familiar.

Se, de uma parte, a ideia de pertença a uma família deriva-se da natureza, de outra, sua homóloga, a ideia de geração, é propriamente jurídica, na medida em que tem seu fundamento no matrimônio legítimo, que carreia, para o núcleo social que passa a envolver, todo um conjunto de presunções, que dão origem a um dos mais remotos regimes jurídicos.

Naquilo que tange ao regime jurídico imposto à mulher, importa observar que, embora detentora da capacidade, conquanto restringida, para exercer direito de propriedade, a mulher era, a um só tempo, também objeto de propriedade, tanto que, nos termos das Leis das Doze Tábuas Decenvirais, de um período posterior, mas que refletem a norma jurídica costumeira de então, poderia ela ser adquirida por usucapião. A posição de sujeição da esposa, eternamente vinculada à pátria potestade de seu pai, esposo e

irmãos, a incapacidade relativa que se lhe impunha na ordem civil e a supressão gradativa de seu patronímico deitam raízes na cultura helênica, pois o *munus* exercido pelo esposo é uma espécie de transplantação da soberania doméstica exercida pelo “senhor” (*kurios*) grego,soberania essa que se aproximava da disciplina do direito real de propriedade.

A Roma, que aqui chamamos pré-citadina, elaborou um sistema de capacidades de dupla via. A incapacidade civil da mulher e dos filhos impúberes não se projeta sobre a esfera da vida pública, de modo que, se estão, no direito privado, sob propriedade alheia, na cena pública, têm capacidade plena, sendo, pois, denominados *liberi*, em contraposição aos escravos domésticos e aos estrangeiros, privados, tanto estes, quanto aqueles, de capacidade pública e privada.

Todos aqueles, assim, que integram uma família pertencem à Cidadania Romana, que é o conjunto de todas as famílias unidas politicamente. O princípio da exclusividade transporta-se para a esfera pública, porquanto todo *gentilis* é também um *quiris* - em contraposição ao escravo, que é propriedade de Roma.Sendo, pois, impossível pertencer a duas famílias, também é impossível, de direito, pertencer a duas cidades.

A congregação familiar, de início identificada à própria cidadania, começa a dela distinguir-se com o alargamento do espectro social. Neste ponto, a antiga denominação *quiris* cede espaço ao termo *civis*, para identificar os cidadãos. Em função de que apenas aos cidadãos era concedida a capacidade para contrair núpcias legítimas, sendo, também, apenas essa nobreza hereditária capaz do direito de pátria potestade, começa, sobretudo a partir da edição das Leis das Doze Tábuas Decenvirais, a dar-lhes o nome de *patres* (pais) ou, bem assim, *patricii* (filhos de pais).

O processo acima descrito conduz a que a família perca centralidade face à comunidade. A família, se mantém seu culto privado, perde jurisdição sacra; se mantém os usos, não edita leis privadas e já não celebra acordos com outros povos. O Estado Romano vai surgindo como entidade que supera o núcleo familiar, suprimindo, porque suprassume em sua unidade, suas partes componentes, aparecendo, assim, como ideia política fundamental.

De um número hipotético e lendário de cem homens, havendo raptado cem jovens sabinas, surge o conhecido núcleo central da comunidade romana: a centúria. A Roma patrícia foi-se estendendo, pela admissão de novas famílias (é possível que os Cláudios tenham sido dos últimos a serem admitidos), até que a comunidade patrícia deixou de possuir em plenitude a faculdade de legislar, que passa a ser partilhada com a comunidade plebeia.

A análise perfunctória do quadro que descrevemos poderia levar a crer que a família desaparece como unidade social. Decerto não. A família deixa de se apresentar como unidade política, mas segue como unidade social, inclusive na condição de titular unitário de direitos privados até mesmo durante a época imperial. Lembre-se, por oportuno, que o próprio instituto da posse, em seu surgimento, tem como titular do direito real não o cidadão privado, mas a família enquanto núcleo social e jurídico, situação de direito que tende a mudar, à medida que a pessoa passa a ser o foco central do Direito Romano e ocidental[117].

---

[117] MOMMSEN, Teodoro. *Storia Romana.* Trad. Giuseppe Sandrini. Vol. I. Torino: Società Editrice Italiana di M. Guigoni, 1857. p. 56 *et seq.*

3.3 A Constituição Social e Política da Civitas

A família romana cresce e se divide, obedecendo à lei natural da existência. No entorno do *pater* organiza-se um núcleo social e político, por ele chefiado. A cisão da família, que poderia ocorrer com a morte do *pater*, pela perda da condição de cidadã ou mesmo pela mudança de núcleo familiar dá origem a outras que se ligam pelo laço do parentesco e pelo nome: *nomen gentilicium*.

Esse grupo, menos coeso e mais numeroso, dá origem à *gens*, que corresponde, em termos espaciais, ao *pagus*, com seu centro – *vicus* –, integrado pelas diversas habitações familiares – *domus*[118]. O crescimento espacial e humano é acompanhado pelo plano institucional, dando origem à Cidade – *Civitas*, que irá absorver, em suas estruturas públicas, as instâncias políticas privadas.

Dentro do escopo deste trabalho, não se cuidará da divisão espacial da Roma antiga, em montes e seus diversos *pagi*, conquanto possa ser de grande interesse mesmo para o estudo do Direito público romano, uma vez que semelhantes divisões tinham repercussões obre o universo sacral, pertinente que era ao Direito público. Neste passo, importa é analisar a organização institucional e política da Roma antiga, na medida em que repercute sobre seu universo normativo.

A forma de organização da Roma antiga, em especial no período da Realeza, guarda estreita conexão com o conceito de Estado, pois é reflexo da organização e distribuição do poder, essencialmente da distribuição do poder de "jurígeno", o que modernamente chamaríamos competências legislativas.

---

[118]*Cf.* DE SANCTIS, Gaetano. *Op. cit.* p. 224 *et seq.*

A divisão original e mais duradoura da Roma antiga é a cúria[119], comum a todos os povos latinos, denominação correspondente ao termo *quiris*, que representava, no plano do discurso, o cidadão. A segmentação em cúrias supunha a divisão do *populus* em famílias, de modo que a cúria é também, em sua dimensão social, uma reunião familiar. Característica singular das cúrias é sua projeção espacial: uma cúria, enquanto segmentação do *corpus* político que é o *populus*, tem vinculação ao território, configurando-se, em seu estágio primitivo, uma união territorial. Ocorre, contudo, que, ainda no período da Realeza, as cúrias perdem seu vínculo direto com a propriedade do solo, trasladando-se a outro plano, mais abstrato, de congregação, que tem como elo o patronímico[120].

O princípio decimal latino, que remonta a tempos imemoriais, orientou a divisão das cúrias, atribuída a Rômulo, em número de dez. As três comunidades latinas primitivas – Titienses, Ramnes e Luceres – conservaram, cada uma delas, dez cúrias. A junção de todas as comunidades, dando origem ao Estado Romano, resultou em uma comunidade geral de trinta cúrias.

A cúria era, assim, uma unidade componente da totalidade que é representada pelo *populus*. A identidade antropológica de cada uma das cúrias deu origem, e mesmo sustenta, a divisão que se encontra com recorrência na literatura latina entre *populus* e *tribus*. Guardando conexão com seus vínculos ancestrais de cunho antropológico, a categoria da *tribus* servia para designar um terceiro intermediário entre todo e parte, na

---

[119] *Cf.* TITO-LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.*, I-3, 36, 43, e IX-46. Ainda, DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia.Op. cit.* II, 7, 33, 65 e IV, 4 *et seq.*

[120]Para uma completa referência ao termo cúria, *cf.* CREUZER, Friedrich. *Abriss der Römischen Antiquitäten*. Leipzig und Darmstadt: Carl Wilhelm Leske, 1829. p. 80.

medida em que a tribo, a cidadania e a terra representavam a totalidade incindível do *populus*, que é, em última análise, o exército romano.

Se, em princípio, cada uma das etnias conservou certa medida de independência, o veio convectivo da totalidade do Estado veio a cristalizar o *populus* enquanto unidade abstrata das partes e do todo. Conquanto se possa apontar alguma hierarquização entre as tribos, impõe-se observar que, regra geral, a origem (*origo*) não foi utilizada como critério de organização social e política. O *populus* romano trilhou um caminho em que a unidade foi assumida como princípio reitor da organização social. As comunidades que, com o alargamento dos horizontes populacionais romanos, vieram a se agregar ao *populus* não foram tratadas como particularidades, mas, antes, como o próprio *populus*.

Mommsen[121] relata-nos que, em um período posterior, uma outra comunidade, sediada no monte Quirinal, jungiu-se à comunidade palatino-capitolina, sem que, contudo, essa junção viesse a representar uma fusão perfeita, uma vez que seus membros foram tratados como *gentes minores*, para os distinguir dos povos originais.

Essa tendência centralizadora e assimiladora do Estado, ao apontar o caminho para a totalidade, não permitiu que houvesse distinções, sob um prisma jurídico, entre as comunidades originárias e aquelas que, apenas posteriormente, vieram a integrar o *populus*. Deriva desse princípio a concepção geral de que uma comunidade não se pode

---

[121] MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1942. p. 23.

formar por comunidades, mas apenas e tão-somente por pessoas, que prevaleceu até a decadência de Roma enquanto Estado livre[122].

Cada cúria mantém uma organização religiosa, assim como a família permanece patrona do culto familiar aos *manes*; é certo, porém, que o culto privado foi substituído por uma religião pública e geral, que mantém apenas sua organização arrimada nas cúrias. Cada tribo, contudo, exigiu a manutenção de um sacerdote máximo e, por isso, existiam em número de três. Cada pontífice não é, entretanto, tratado como líder de uma tribo, mas, em verdade, como pontífice de toda a comunidade.

No aspecto político, a cúria é despida de qualquer capacidade ou iniciativa, não se podendo falar sequer de uma equiparação a qualquer magistratura. O *tribunus militum* é o chefe dos exércitos de infantaria de todas as cúrias, ao passo que o *tribunus celerum* é o chefe dos regimentos de cavalaria detoda a comunidade. Cada cúria estabelece dez decúrias, ou uma centúria, para o serviço militar[123] de infantaria, e uma decúria para o serviço militar da cavalaria, de modo que cada tribo detém dez centúrias de soldados de infantaria e uma centúria de cavaleiros[124]. Na perspectiva da capacidade política impende, outrossim, observar que as cúrias tampouco detém capacidade para celebrar acordos com outros povos, capacidade reservada à comunidade total. Nota-se, pois, que a cúria não se

---

[122]*Id. Ibid.*

[123]Sobre a importância do serviço militar na Roma antiga: "*Sin embargo, es de un valor inapreciable que un pueblo que quiere cumplir grandes cosas deba recibir una educación militar. La guerra les enseñó el precio del órden, la paz el de la libertad; y la juventud romana, educada en la rígida estructura de la obediencia, que comienza desde el techo paterno con la patria potestas, se hizo digna y capaz de mandar a su vez.*" IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.* Trad. Enrique Principe y Satores. Tomo I. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, *s. d.* p. 304.

[124] MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho* (...). *Op. cit.* p. 24.

sobrepõe à totalidade romana, servindo como estratégia de divisão[125] das *gentes*, que pauta toda a vida política romana.

[125] NIEBUHR, B. G. *Op. cit.* p. 48 *et seq.*

3.4 O Rex e seus auxiliares

Assume-se aqui que, na esteira dos relatos de Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso, Fabius e Varro, a Roma, já organizada em cidade, fora governada sob o regime monárquico. Instituições do período republicano dão conta desta organização mais remota, como, por exemplo, a magistratura do *rex sacrorum*, o *interregnum*, ou, ainda, a sigla Q.R.C.F[126]aposta a algumas datas do calendário.

A questão de se saber se o quadro das instituições políticas da monarquia narrado por historiadores romanos é legado direto da influência etrusca[127] ou se é apenas o retrato de uma organização tardia[128] não pode ser deslindada em bases seguras, ante a escassez de fontes diretas. Importa, contudo, é observar que a estrutura política da Monarquia estava baseada em três pilares: (*i*) o *Rex*, magistrado supremo, único e vitalício; (*ii*) os chefes das *gentes* (*patres*); e (*iii*) a cidadania (*populus*).

A figura do *Rex* vai gradativamente tornando-se diversa no decurso da história romana. A dominação etrusca aporta um caráter notadamente despótico e militar, que, aos pouco, oblitera as funções essencialmente tradicionais do Rei. Entre latinos e sabinos o Rei exerce uma soberania marcadamente moderada, ao passo que a monarquia de matriz etrusca é acentuadamente centralista, hierárquica, despótica e militar.

---

[126] "*Quando Rex Comitiavit Fas*".

[127] Neste sentido, dentre outros, ROSENBERG, Arthur. *Der Staat der alten Italiker*. *s.l.*: Weidmann, 1913 e LEIFER, Franz. *Studien zum Antiken Amterwesen*. V. I. Aalen: Scientia Verlag und Antiquariat, 1963.

[128] Para De Francisci, as instituições políticas fundamentais da Roma antiga são anteriores aos etruscos, remontando às comunidades latinas. *Cf.* DE FRANCISCI, Pietro. *La formazione della comunità politica romana primitiva*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1951. *passim*.

O monarca romano é vitalício, mas não hereditário. Sua ascensão a mais alta magistratura, que lhe confere um *status* de *primus inter pares*, ocorre não por eleição ou herança; por indicação de seu antecessor imediato ou do *interrex*[129], porém, assume o trono.

O rei reúne atribuições de cunho militar, judicial e religioso. Sendo o sumo sacerdote da Cidade, dirige o culto e invoca a proteção dos deuses, explorando sua vontade e seus desígnios através dos *auspicia*[130], antes de tomar decisões públicas de

---

[129] O interrex, ou chefe das gentes, é quem ocupa, interinamente, renovando-se a cada cinco dias, o trono vacante até a indicação de um novo Rei. São os *auspicia privata patrum* – a tradiação, em última análise – que fundam o poder do *Rex* e do *Interrex*. *Cf.* CATALANO, Pierangelo. *Contribuiti allo studio del diritto augurale*. Torino: Giappichelli, 1960 p. 460.

[130] Podemos dizer superficialmente que a função sacral era divida em duas atividades: o aconselhamento das magistraturas e a celebração dos atos sacros. A atividade de aconselhamento era marcada pela colegialidade, princípio fundamental da República, dos sacerdotes e dos haríolos das aves. Já as cerimônias públicas eram, em regra, levadas a cabo por apenas um sacerdote, como, por exemplo, nas celebrações dos flâmines. A função pública sacral era caracterizada por dois elementos básicos: o *auspicium* e o *imperium*. A organização religiosa da sociedade romana era marcada pela presença de adivinhos. A crença estóica de que, se existem os Deuses, eles se compadecem dos homens e, ao se compadecer, enviam-lhes sinais, era corporificada pela figura desses homens, aos quais era atribuída uma faculdade divinatória. Nenhum negócio, público ou privado, era travado sem se consultar os augures (ou *auspex*). Assim, os Romanos herdaram dos etruscos a crença de que a natureza envia sinais da vontade dos Deuses. Os principais tipos de auspícios eram: *ex caelo* (observação de fenômenos atmosféricos, como trovões e relâmpagos), *ex avibus* (observação do comportamento de certas aves, como a coruja e as galinhas), *ex tripudiis* (auspício extraído do processo de alimentação das galinhas, e especialmente empregado nas expedições militares), *ex quadrupedibus* (presságios colhidos da observação dos animais quadrúpedes*)*, *ex signis* (essa classe de auspício abarcava os demais sinais naturais não incluídos nas classificações anteriores, incluindo desde simples manifestações como esternutações humanas e faíscas geradas dos disparos das armas de fogo). O papel desempenhado pelos augures no cenário político romano era de tal monta relevante que, em certa medida, podemos considerar que Roma possuía traços de uma Teocracia. Tinha-se como certo que os Deuses relevam as leis para os magistrados, representantes do povo. Assim, nenhuma eleição, nenhum contrato, nenhuma cerimônia pública e nenhuma guerra era declarada sem se consultarem os auspícios. Quanto ao *imperium*, considerado como direito de impor a lei e reclamar a obediência, o poder dos sacerdotes era limitado. Ao pontífice supremo conferia-se o *imperium* nas questões religiosas, como aquelas relacionadas à ordenação de sacerdotes, estabelecimento de postos sacerdotais, procedimento penal familiar instalado em detrimento das Sacerdotisas de Vesta (que, embora mulheres, não estavam submetidas à pátria potestade de seu pai, mas se encontravam sob o jugo do sumo pontífice, presidente do colégio) e nas questões relacionadas ao roubo dos templos (ato de alta traição) e em detrimento das plantações (considerada uma ofensa a Ceres). *Cf.* TITO LIVIO. *Ab urbe condita.* VI, 41: "Os auspícios fundaram essa cidade; os auspícios, na paz e na Guerra, para Roma e para os exércitos, regulam todas as coisas: quem é que os ignora?" — *Auspiciis hanc urbem conditam esse, auspiciis bello ac pace, domo militaeque omnia geri, quis est, qui ignoret?* Ainda,CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.*,II, 13. CICERUS, Marcus Tullius. *De Divinatione*. *Op. cit.* II, 18, 14, 34 e 36; CICERUS, Marcus Tullius. *Philippics*. *Op. cit.* V, 3;

grande envergadura. O rei é também o chefe militar supremo, que conduz a cidadania armada no regime da guerra. Suas atribuições judiciais incluem a competência para castigar os *crimina publica*[131] – crimes que excedem e ultrapassam as competências de um direito penal privado, que pertence aos indivíduos, às famílias e à *gens*.

É mais difícil conjecturar, entretanto, acerca das atribuições do Rei em matéria de jurisdição civil, uma vez que se põe em dúvida se desde os primórdios da Cidade o procedimento civil já se revestia de sua nota típica, qual seja o caráter arbitral – que subsiste mesmo no sistema do processo formulário[132].

Naquilo que tange às funções de produção normativa, não se pode atribuir ao Rei atribuições muito claras. A Realeza é marcada pelo predomínio dos *mores* intergentilícios como fonte do Direito, bem assim pela presença de acordos celebrados entre as *gentes*. O Rei desempenha uma função de oráculo, conhecedor e intérprete da vontade divina e definidor das normas da tradição[133].

O Rei, no desempenho de suas funções públicas – religiosas, militares e de administração da justiça – era auxiliado por outros magistrados. Quando ausente da cidade, esta era governada por um delegado seu, *praefectus urbi*. Na seara militar, era assistido pelo *tribunus militum* – chefe da infantaria – e pelo *tribunus celerum* – chefe da cavalaria. Na administração da justiça, contava com o concurso de outros magistrados, dentre os quais se pode destacar o duúnviro *perduellionis* e o questor *parricidii*,

---

CICERUS, Marcus Tullius. *De Natura DeorumOp. cit.* II, 3; TITO LIVIO. *Ab urbe condita.* X, 40 e DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia. Op. cit.* V, 46.

[131] MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano.* Trad. Pedro Dorado y Montero. Vol. I. Reimpressão. Pamplona: Analecta Editorial, 1999. p. 36 *et seq.*

[132] A reforma do procedimento civil romano é atribuída ora a Sérvio Tulio, ora à República.

[133] CATALANO, Pierangelo. *Op. cit.passim.*

encarregados, respectivamente, de conhecer sobre delitos de traição e homicídios perpetrados contra um *pater*. Os sacerdotes que, ao lado do Rei, são os responsáveis pela tradição da religião pública desempenham papel nevrálgico na constituição política romana, na medida em que são os intermediários entre a razão divina e a lei humana. Cabe distinguir os pontífices, custodiantes do calendário e inspetores dos cultos públicos; os *augures*, intérpretes da vontade divina pela via dos auspícios; os *fetiales*, que se encarregam dos ritos da guerra e da paz; as vestais, sacerdotisas da Deusa Vesta; e os *flamini*, encarregados de presidir o culto aos deuses Júpiter (*flamini dialis*), Marte (*flamini martialis*) e Quirino (*flamini quirinalis*).

O *Rex* é um dos pilares sobre os quais se assenta a constituição política da Realeza, sustentando, ao lado do Senado e dos Comícios, o edifício do Estado Romano. Seu papel não é meramente ancilar, embora sua figura, gradativamente, perca centralidade no complexo jurídico-político romano. O desempenho das funções sacrais são a pedra de toque da instituição*Rex*, porque fundamentam a tradição, enquanto materialização da racionalidade normativa.

3.5 O Senado

O Senado é o segundo pilar da Realeza romana. Certamente, é a instituição de maior perenidade e prestígio, cujo arrimo não é senão a *dignitas* própria de seus membros. Há incerteza acerca das reais atribuições do Senado, bem como acerca de seus elementos constitutivos.

Há testemunhos que nos dão conta de que os membros do Senado eram livremente escolhidos pelo *Rex*[134]. De outra parte, a tradição também oferece elementos que nos conduzem a crer que a composição do Senado não estava ao sabor das determinações e escolhas reais. Exemplo disso é a denominação *patres*, que se dá aos senadores, o caráter vitalício do cargo, a correlação do número de senadores e a incorporação de novas *gentes* à Cidade, que implica, por seu turno, a distinção entre *patres maiorum* e *patres minorum gentium*. Desses exemplos pode-se inferir que havia, desde a Realeza, uma relação entre a entidade assemblear do Senado e as *gentes*. Para Niebuhr[135], na esteira da fórmula ciceroniana – *potestas in populus* – o poder, considerado como vontade fundante e constituinte, pertencia ao *populus*, que o delegava ao Rei e ao Senado, organizado este segundo o princípio da representação.

Parece-nos que a escolha dos membros do Senado estava intimamente ligada à dignidade própria do escolhido. O testemunho de Dioníso de Halicarnasso

---

[134] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.*I, 8. Essa opinião é encampada por romanistas de prestígio, destacando-se o clássico trabalho de RUBINO, Joseph. *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*. Kassel: J.C. Krieger, 1839. p. 144 *et seq*.

[135] NIEBUHR, G. B. *Römische Geschichte*. Berlim: G. Reimer, 1827. p. 350 *et seq*.

anuncia a eleição dos membros do Senado pelo *populus*[136]. Sem adentrar nas particularidades da organização do Senado, bem como de sua composição e número de seus membros, basta-nos esclarecer que cada tribo e cada cúria era representada por um número de senadores, em geral homens já maduros e integrantes do exército (decúrios)[137]. O pertencer ao senado foi, ao menos até o reinado de Tarquinius Priscus, reservado à nobreza (patriciado).

As reuniões regulares do Senado – *senatus legitimus* - ocorriam a cada *kalend*[138], *none* e *ide*[139], em cada mês. Reuniões extraordinárias também poderiam ser convocadas, salvo naqueles dias *atri* – considerados de má sorte – quando houvesse a realização dos comícios das cúrias. Durante a realeza, a competência para convocar o Senado pertencia ao Rei[140], ou, subsidiariamente, ao *praefectus urbi*, havendo sérias penalidades para os senadores ausentes. As reuniões em geral realizavam-se na *curiae*[141], ou *senacula*, sempre inauguradas pelos augures. O Rei, após consultar os auspícios, convocava o senado (*senatum edicere*), abrindo a sessão com as seguintes palavras: "*Quod bonum, faustum, felix*

---

[136] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* II, 14.

[137] Há polêmica naquilo que tange à representação no Senado pelos decúrios (chefes dos exércitos das cúrias). Embora não haja menção expressa à idade mínima para que um cidadão romano assumisse funções senatoriais, especula-se que a *aetas senatoria* gire no entorno dos 32 anos, porque se sabe pela *Lex Annalis* do tribuno Villius (*cf.* a obra seminal biografia de Cícero em ORELLI, Johann Caspar von. *Onomasticon Tullianum*. Vol. III. Hildesheim: Olms, 1965) que a idade fixada para a magistratura da questura era de 31 anos. Como após a expiração da magistratura da questura o cidadão era imediatamente elevado à condição de senador, especula-se que a idade mínima para um senador romano seja de 32 anos. Augusto, já no império, fixa a idade senatorial em 25 anos (*cf.* CASSIUS DIO. *Roman History*. *Op. cit.* LII, 20). Dada a maturidade com que se atingia os píncaros senatoriais, é estranho pensar que cidadãos já maduros seguissem como chefes das forças militares.

[138] *Cf.* CICERUS, Marcus Tullius. *Ad Familiares*. I, 2.

[139] O calendário romano baseava-se nas fases lunares. O primeiro dia de lua nova correspondia ao *kalend*; o primeiro dia de lua quarto crescente ao *none*, e o primeiro dia de lua cheia ao *ide*.

[140] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* II, 8.

[141] O templo mais antigo de que se tem notícia é a *Curia Hostilia*. Posteriormente, vários outros templos passarama a receber reuniões senatoriais, tais como os Templos de *Concordia* e de *Bellona* e o Senáculo da Porta *Capena*. *Cf.* o verbete *Senacula* em VARRO. *De Língua Latina*. *Op. cit.*

fortunaque sit populo Romano Quiritibus", após o que colocava perante a assembleia suas propostas (*referre*, *relatio*). As decisões eram tomadas por maioria de votos[142].

As matérias que eram levadas à deliberação do Senado versavam sobre temas de relações de Roma com outros povos, finanças (tesouro) e normas. Nenhuma medida poderia ser levada à consideração do *populus* sem que houvesse discussão prévia no âmbito do Senado. O Senado apresenta-se, portanto, como *medium* de concretização da vontade política.

As principais atribuições do Senado são o *interregum* e a *auctoritas patrum*. O *interregum* é o exercício das atribuições do Rei, quando se encontra vacante o trono. A dignidade real era transferida a um senador - *decem primi*[143] -, que se renovava no cargo a cada cinco dias. O exercício da *auctoritas* é a confirmação dos acordos feitos no âmbito dos comícios das cúrias, os quais, sem assentimento dos *patres*, não adquiriam força vinculante, derivando desse instituto a máxima ciceroniana *cum potestas in populo auctoritas in Senatus sit*[144]. É preciso compreender o contexto dessa colocação. Esse brocardo está inserido no diálogo entre Marcus e Quintus, no qual Cícero expõe a importância do Senado, onde se decidem as matérias de interesse do Estado (*Nam ita se res habet, ut si senatus dominus sit publici consilii*). O que fornece sustentação ao Senado é a consideração de que todos os decretos que dele emanam têm força obrigatória (*Eius decreta rata sunto*), que é suportado por todos (*quodque is creuerit defendant omnes*) e que as ordens inferiores aceitem

---

[142] Os votos eram computados seja pelo procedimento da *numeratio*, em que o Rei contava os votos, seja pelo procedimento da *discessio*, em que os senadores separavam-se por grupos, em lados opostos, segundo sua posição.

[143] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* I, 17.

[144] ("O poder pertence ao povo, mas a autoridade ao Senado"). CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* III,12.

que a república seja governada por conselhos superiores. Neste passo, pode-se considerar que o poder remanesce com o povo e que a autoridade pertence ao Senado. O sentido da separação entre estes dois institutos, assim, reporta-se ao fundamento da autoridade. Os decretos senatoriais vinculam não em função da força, mas em consideração à *dignitas* que imanta aquela instituição. Os *decreta* do Senado são, portanto, dotados de vinculatividade em atenção à dignidade (qualidade) daquela instituição. A função da autoridade senatorial é zelar pela continuidade de Roma e sua repercussão social é a irresistibilidade do comando da lei, para que a cidade mantenha-se na moderação e na concórdia (*teneri ille moderatus et concors ciuitatis status*)[145]. A autoridade[146] é, destarte, o fundamento de validade formal do Direito.

É interessante, ainda, observar que no período republicano tanto o *interregum* quanto a *auctoritas patrum* serão reservadas apenas aos senadores patrícios, em um contexto em que a plebe passa a integrar o Senado.

Importante, outrossim, é assinalar a função puramente consultiva do Senado, que, sem embargo, durante a Realeza não conheceu grande importância política ou jurídica, podendo-se mesmo dizer que permaneceu sob o "eclipse"[147] da autoridade dos

---

[145] *Id. Ibid.*

[146] Já em 287 *a*. C. é aprovada a *Lex Hortensia*, que dota de força vinculante os decretos da plebe, ainda que não aprovados pelo Senado. A *Lex Hortensia* é o ponto de chegada de uma luta acirrada entre patriciado e plebe, que marca o início da ascensão destes em detrimento daqueles. O Senado gradativamente perde espaço para os comícios *tributa*, mantendo, entretanto, atribuições capitais no regime sacral e bélico.

[147] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano* (...). *Op. cit.* p. 16.

monarcas, tanto que Tito Lívio[148] diz- nos que alguns reis etruscos governaram *neque iussu populi neque auctoritate patribus*[149].

[148]*Cf.* COLLARES, Marco Antônio. *Representações do Senado Romano na Ab Urbe Condita Libri de Tito Lívio*: livros 21-30. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Franca: UNESP, 2009.

[149] A propósito de Tarquinius, o Soberbo. TITO LÍVIO. *Periochae*. *Op. cit.*I, 1.

3.6 O Populus e os Comitia Curiata

O *populus* é o terceiro elemento da constituição política romana, formando, ao lado do *Rex* e do Senado, o tripé que suporta o Estado. O *populus* é o conjunto dos cidadãos livres, ao qual se referem as fontes como *populus romanus* ou *populus romanus Quirites*. O termo *Quirites* deve ser compreendido, no contexto da história romana, como sinônimo do termo *cives*, sendo, contudo, de origem controversa. O termo *Quirites* aparece em fórmulas da tradição romana, tais como "*velitis*, *iubeatis*, *Quirites*; *vos rogo Quirites*", que concluía o processo de apresentação (*rogatio*) de uma *Lex rogata*. A significação originária do termo não é, todavia, clara. Há indícios de que o termo seja apenas um ranço do passado, que posteriormente vai sendo ultrapassado. De outra parte, é de se supor que a terminologia faça referência aos habitantes sabinos do monte Quirinal; é possível, outrossim, que se cuide de expressão que quer designar os cidadãos "portadores de lança" – que, em última análise, são os cidadãos aptos para o serviço militar[150].

O *populus* divide-se em cúrias. Embora persista a ligação ancestral do cidadão com uma *gens*, esse agrupamento social de fundo antropológico não representa qualquer aspecto funcional ou política no contexto das funções públicas. As cúrias são a circunscrição política e administrativa da Roma antiga, bem como servem de circunscrição militar, na qual são colhidos os homens para o exército, mantendo, bem assim, um culto privado, o que lhes garante funções nas três searas do universo público romano – funções administrativas que tangem a coisa romana, o exército e a religião.

---

[150] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Op. cit.* p. 16 *et seq.*

As cúrias eram trinta, correspondendo dez a cada uma das três tribos primitivas. A assembleia em que se reunia cada uma das cúrias é o *comitia curiata*. Cada cidadão exerce seus direitos políticos no âmbito dos comícios. Os votos são contados por cúrias, não por cabeça, de modo que cada cúria apresenta-se como uma unidade orgânica do espectro político e administrativo da Roma antiga.

Durante a Realeza, as cúrias não detêm competências expressivas, que apenas lhes serão atribuídas no adiantado da República. Suas atribuições circunscrevem-se, ainda, a um plano essencialmente ligado ao contexto familiar, competindo-lhe aprovar o herdeiro no âmbito do testamento comicial, aprovar a *arrogatio*e a *cooptatio*. O primeiro prenúncio de uma competência propriamente atinente ao Direito público está na aprovação da *Lex curiata de imperio*[151], que foi criada pelo segundo Rei de Roma, Numa Pompilius[152], como expressão máxima do predomínio do Direito como ideia fundante do Estado.

É oportuno observar que as cúrias não detêm iniciativa, isso é, sua participação na construção do Direito romano limita-se a aprovar ou reprovar as proposições feitas pelos magistrados, como adiante explicitar-se-á.

A tradição atribui ao Rei Servius Tullius a reorganização dos comícios. Sérvio Túlio pretendia, com sua reforma, unificar as instâncias de poder do *populus*, constituindo comícios que agrupassem o povo segundo sua classe – definida por critérios de idade e riqueza. Para tanto, o censo de Sérvio Túlio organiza a sociedade romana em seis classes e

---

[151] Por meio da *Lex curiata de imperio,* o povo romano, expressando-se pela via dos comícios, atribui e, a um só tempo, reconhece a legitimidade do Rei.

[152] "*quamquam populus curiatis eum comitiis regem esse iusserat, tamen ipse de suo imperio curiatam legem tulit*" CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica. Op. cit.* II, 13.

cento e noventa e três centúrias. Francesco De Martino, contudo, atribui à reforma serviana a divisão da sociedade romana em cinco classes:

> "*La tradizione, com'è noto, attribuiva a Servio Tullio la distribuzione dei cittadini fra le cinque classi in rapporto al censo. Tale censo è indicato dagli scrittori in valori monetari* (...)"[153]

O *populus*, divido em classes, foi organizado em nessas cento e noventa e três centúrias, que significam cento e noventa e três votos. Sérvio Túlio concebe a identidade *populus* e *exercitus*(ou *classis*, segundo sua forma mais antiga), que permaneceria incrustada na organização da sociedade romana até a cisão do Império. O povo passa então ser tratado como o exército. A reforma de Sérvio Túlio faz conviver, a um só tempo, timocracia e aristocracia. Os votos, no âmbito dos comícios de centúrias, não logram atingir o critério moderno, segundo o qual corresponde um voto a cada cabeça. Então, os votos eram tomados por centúrias. Tito Lívio[154] e Dionísio de Halicarnasso[155] divergem naquilo que tange ao número de *classes* e de centúrias, ao passo que para este, as centúrias eram contadas em número de cento e noventa e três, distribuídas em seis *classis*; para aquele, as centúrias eram contadas em número de cento e noventa e quatro, dividas em cinco *classis*[156]. Surgem dessa divisão da sociedade romana os *comitia centuriata*, que são sucessores, em todas as atribuições, dos *comitia curiata*. Como advertem J. Arias Ramos e J. Arias Bonet[157], os comícios de centúrias, assim como nos relata a tradição, somente adquirem sua plenitude organizacional e legislativa durante a República, sendo improvável

---

[153] DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione Romana.* Vol II. Napoli: E. Jovene, 1973. p. 179.

[154] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* I, 43.

[155] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia. Op. cit.* IV, 16; VII, 59.

[156] O número proposto por Tito Lívio nos conduz a um problema que consiste na identificação de centúrias em número par, o que, de resto, poderia impossibilitar a formação de uma maioria. Cícero (CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica. Op. cit.* II, 22) identifica a minoria votante no âmbito dos comícios de centúrias com o número de noventa e seis, de modo que podemos supor que o número de centúrias apresentado por Dionísio de Halicarnasso seja mais preciso.

[157] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Op. cit.* p. 18.

que desde os tempos mais remotos da Realeza detivessem competência de produção normativa, em um período em que os *mores* predominam no panorama normativo.

A reforma serviana ocorre em contexto de crise no seio social romano. Ao lado da comunidade patrícia, pouco a pouco, vão sendo admitidas pessoas que não pertencem às famílias originárias, isso é, os plebeus, que *gentes non habet*. Há diversas hipóteses para as origens históricas da plebe, que podem ser sistematizadas em três correntes: a) a hipótese etnográfica, que pretende ligar o plebeiado aos antigos lígures, em oposição ao patriciado, etnicamente descendente do ramo umbro-sabélico; b) a hipótese política econômica, defendida por Niebuhr; c) a hipótese de Mommsen, que deriva da erosão do instituto da clientela[158] a origem da plebe.

Parece-nos que a hipótese levantada por Mommsen é aquela que mais se aproxima dos fatos históricos, uma vez que o sistema da clientela prestava-se a fazer coexistir a liberdade pessoal com a sujeição a um cidadão. É certo que os laços entre o patrono e o cliente fortaleceram-se ao longo dos anos, mas estavam, contudo, fundados em liames de fidelidade e o cliente nunca chegaria a integrar o núcleo familiar. Do ponto de vista do direito privado, os dependentes eram aquinhoados com a quase totalidade dos direitos privados, quer se tratasse de direitos das coisas ou das pessoas — sobretudo naquilo que tange à plenitude dos direitos matrimoniais, aproximavam-se dos cidadãos.

---

[158] Podemos citar, como submetidos ao sistema da clientela: o filho nascido fora do casamento, que restava alijado da comunidade familiar; os indivíduos que, pertencendo a uma comunidade dissolvida, permaneciam sob a proteção de alguma família sem, contudo, nela ingressar; o estrangeiro que se mudava a Roma sob a égide de um acordo entre seu Estado original e o Estado Romano; o escravo manumitido por testamento (outras modos de efetivar a *manumissio* eram a *vindicta* e o *census*) que, embora protegido contra o direito de propriedade dos herdeiros, não adquiria a liberdade plena. *Cf.* MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del derecho*..., *Op. cit.* p. 28 *et seq.*

Os dependentes eram privados dos direitos políticos, bem como de seus respectivos deveres. Assim, pode-se concluir que, embora a pátria potestade fosse requisito para a fruição plena dos direitos políticos, não era condição suficiente. Os clientes, ainda que pudessem exercer sobre seus descendentes o pátrio poder, transmitiam a eles sua condição. Essa classe de *paterfamilia* nunca, ao menos no direito primitivo, poderia assumir as funções de dignatário público.

Como observa Mommsen[159], todavia, este rigor foi abrandado com o passar dos tempos. Quando a obrigação de armas e o direito de sufrágio passaram a se relacionar com a propriedade privada – reforma serviana – os clientes, como proprietários, passaram a fruir alguns direitos e observar algumas obrigações públicas em matéria de armas e impostos.

A gradual ascensão dos dependentes à classe dos cidadãos, adentrando aos regimentos da infantaria, promoveu uma larga mudança no panorama da sociedade romana. A cidadania antiga, denominada *quiris*, converteu-se em uma nobreza privilegiada (*patricii*), a classe dos dependentes, cuja sujeição pessoal foi desaparecendo — afirmou-se como *plebes*. A expressão *populus,* que em princípio expressava o exército e, posteriormente, significara a comunidade dos *quiris*, passou a designar o conjunto de patrícios e plebeus. *Liberi* já não mais se referia aos dependentes livres, mas aos cidadãos (*cives*) em geral, quer os antigos, quer os novos.

A superação dessa estrutura tripartite fez retornar a comunidade romana à simplicidade da divisão entre cidadãos (*cives*) e não-cidadãos (estrangeiros e *latini*). Esse

[159] MOMMSEN, Teodoro. *Op. cit*, p. 34.

contexto de organização da cidade (*urbe*) é também o contexto de surgimento do *ius*. O contexto normativo das tribos e das gentes, isto é, pré-civil, baseava-se, conforme nos relata Guarino[160], no conceito amplo e indeterminado de *fatum*. O homem, nos primórdios de sua organização social, percebia-se como parte integrante da natureza, sujeito a todas as vicissitudes do ambiente natural. O mistério da criação, o movimento perpétuo da natureza e sua influência incontestável deixavam-no a mercê do desconhecido. Essa potência, caracterizada como "*una volontá irresistibile dagli esseri umani*"[161], era referida pela expressão *numitas*.

Contudo, esse sentido de abandono perante a natureza é substituído gradualmente por juízos de previsibilidade em relação àquilo que é lícito e, portanto, um dever-ser (*fas*) àquilo que é ilícito e, bem assim, proscrito (*nefas*). Estes juízos de previsibilidade estavam atrelados a uma espécie de revelação divina – *fatum*. Esse *fatum* divino estava carregado de um sentimento de otimismo em relação à qualidade humana, pois ensejava a esperança da segurança. Em outras palavras, a transição de uma percepção de mundo em que se está ao sabor dos ventos é substituída por um conjunto mínimo, ainda que negativo, de deveres (abstenções) irrevogáveis.

Criava-se, assim, um sistema de condutas baseado no *fas* e no *nefas*. As famílias que compunham as *gentes* poderiam, a partir de então, buscar uma justificação específica para os deveres impostos. Um órganon a conferir coesão à comunidade social.

[160] "Uma vontade irresistível do ser-humano". GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*. 4 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969. p. 107 *et seq*.

[161] *Id. Ibid.*

A organização da comunidade patrício-plebeia é legatária desta concepção, refinando-a no conceito de *ius*. O conceito de *ius*, pois, relaciona-se em sua origem ao conceito de *fatum*, ainda que posteriormente ambos tenham assumido conotações distintas: este querendo significar a *lex divina*, aquele a *lex humana*. O conceito de *ius* foi forjado no calor dos antigos costumes das famílias fundadoras de Roma, as quais, sob o malho da história, conceberam a consciência da obrigatoriedade dos *mores maiorum* – um costume concreto, individuado, correlato a uma "*indicazione autoritativa precisa e sicuramente molto rispetata dagli antichi*"[162].

O organismo social patrício-plebeu evoluiu na construção política, atrelando o *ius* à manifestação de vontade e da autoridade "*dei capigruppo*"[163]. Logo, o *ius* assume a significação especial do comando emanado pelo *Rex*, como uma sentença geral, pronunciada diante do caso concreto. O rei atuava como um intérprete (e, nesse sentido, a *iuris dictio* é uma *iuris interpretatio*)[164] dos *mores maiorum*, exercendo seu poder de império.

Conclui-se que a organização social da comunidade foi acompanhada pela estruturação de seu ordenamento de condutas, evoluindo do sentimento de submissão à força da natureza à conceptualização do Direito.O ganho de complexidade social inclui o progresso da estruturação do Direito e, a um só tempo, avolumam-se as estruturas políticas. A ideia de Estado começava a ganhar forma, reclamando a participação dos cidadãos nas diversas funções de interesse geral. A comunidade precisava cuidar, na

---

[162] "Indicação autorizativa precisa e seguramente muito respeitada pelos antigos". *Id. Ibib.*

[163] *Id. Ibid.*

[164] Sobre a Jurisprudência Romana e seu impacto na cultura jurídica ocidental, *cf.* PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *O Direito Romano na Filosofia do Direito*: atualidade do Direito Romano como elemento suprassumido da jusfilosofia brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. [Dissertação de Mestrado]

dimensão da *publica utilitas*, do seu culto religioso, da administração da justiça, da organização da cidade e de sua defesa.

3.7 Dos mores às leges regiae

Nos primórdios da Realeza romana, o plano normativo era preenchido pelo complexo de regras costumeiras, chamado *mores maiorum*. Uma construção revestida da racionalidade própria do fenômeno jurídico, mas ainda destituída de seu elemento formal, que lhe atribui e perfecciona a universalidade.

Cícero assim define o costume: "*Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit*"[165]. Na definição ciceroniana, cunhada em um período posterior à Realeza, já se delineiam os elementos constitutivos da regra costumeira: o prolongamento temporal de sua observância e a consciência interna de sua obrigatoriedade.

Ao lado do costume, como fonte privilegiada do Direito no período da Realeza, coexistiam os *foedera* intergentilícios: acordos celebrados entre Roma e outros povos que habitavam suas fronteiras. A questão de saber-se se, efetivamente, um conjunto de leis escritas – *leges rogatae* – já existia no período em tela suscita polêmicas. A tradição, incluindo-se Cícero e Plutarco, dá conta de sua existência. Pompônio, jurisconsulto da época justinianéia, dá notícia de uma compilação das *leges regiae* por um suposto *Sextus Papirius*[166], contemporâneo de Tarquínio, o Soberbo – último Rei de Roma.

---

[165] CICERUS, Marcus Tullius. *De inventione*. *Op. cit.* 2, 22, 67. "Chamamos direito fundado sobre o costume todo aquele que o tempo consagrou, do consentimento universal, sem que uma lei vetusta o venha a comprovar".

[166] Dionísio de Halicarnasso também noticia a existência dessa compilação, *cf.* DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 3, 36.

A crença na existência de um corpo de leis escritas já no período da Realeza deriva, em última análise, da hipótese do rei-fundador, que suporta um verdadeiro culto aos reis de Roma, notadamente por Numa, embora se faça também menção constante ao *ius fetiale*, concebido por Tullus Hostilius. Cícero é o principal arquiteto dessa concepção, sobretudo aquela narrada na *descriptio classium* dita de Sérvio Túlio e nos *monumenta* sacerdotais[167].

Neste passo, são atribuídas a Rômulo as seguintes leis: a) aquela que distingue patrícios de plebeus, atribuindo a cada classe aquilo que convinha afetar-lhes[168]; b) a que institui o regime da clientela[169]; c) a que institui o senado[170]; d) aquela que institui o culto às divindades por parte dos anciãos, isenta-os do serviço militar, em função de sua idade, e de outras obrigações para com a cidade, em função da lei[171] e determina a escolha dos sacerdotes pelas cúrias[172]; e) a que cria um calendário[173]; f) a lei que determina às mulheres portarem-se com modéstia e que determina a propriedade comum aos esposos dos objetos sagrados[174]; g) a que institui a pena de morte para a mulher que tenha cometido adultério ou que se tenha embriagado[175] e h) leis que disciplinam as relações familiares[176].

---

[167] CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 3, 36.

[168] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 9; CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 2, 9, 16.

[169] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 10, 1-3. Ainda, Plut., *Rom.* 13.

[170] CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 2, 12, 1 e 14, 1-3.

[171] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 21, 1.3 e 22, 3.

[172]*Id. Ibid.*

[173] MACROBIUS. *Saturnalia*. 1, 12, 38 e 1, 13, 20. *In*: MACROBE; VARRON; POMPONIUS MÉLA. *Oeuvres Complete; De la Langue Latine; Oeuvres Completes*. Trad. M. Nisard. Paris: J. J. Dubochet, Le Chevalier Éditeurs, 1850.

[174] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 25, 1-2.

[175] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 25, 6.

[176]Plut., *Rom.*. 22, 3; DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 26, 4; 27, 1.3 e 2, 15, 2.

A Numa Pompilius são atribuídas outras diversas *leges regiae*[177], que se concentram ao redor de três grandes núcleos: direito sagrado[178], de família[179] e público[180]. A Tullus Hostilius também são atribuídas leis régias, destacando-se a confirmação de sua elevação ao trono por uma lei que se fez aprovar nas cúrias[181]; a nomeação dos duúnviros para realizarem o julgamento do crime de Horácio[182];a organização do julgamento relacionado a este episódio[183];a ordem para que o tesouro público se encarregasse da educação de quaisquer trigêmeos, até que alcançassem a puberdade[184] e supostas cerimônias instituídas por Tullus Hostilius em honra a Diana[185]. A seu turno, a Ancus Martiusé atribuída a criação de um culto religioso para o tempo de guerra[186]. A Tarquinius Priscus deve-se a separação dos *patres* em *maiorum gentium* e *patres minorum*[187] e a consulta ao *populus* acerca do uso dos símbolos distintivos do privilégio real[188]. A Servius Tulius, como antes já se assinalou, são atribuídos o censo[189] e a reforma da sociedade romana e a

---

[177] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 1, 19, 1; CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 2, 14, 26 e 5, 2, 3.

[178] PLINIUS. *Naturalis Historia.* 14, 14, 88; 32, 2, 20; 14, 12, 88; DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 63, 4. 64; 70, 1; 72, 1; 73, 1; Plut., *Num.* 10, 5.

[179] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 27, 4; Plut., *Num.* 12, 3.

[180] FESTUS, *Breviarum*. L. 221 e 6; SERVIUS, *Ad. Egl.* 4, 43 *apud* BRUNS, C. G; GRADENWITZ, O. (org). *Fontes Iuris Romani Antiqui.* 7 ed. Tübingen: P. Siebeck, 1909. [1. reimp. 2009]; Dig. 11, 8, 2; DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 2, 74, 2.3; Plut., *Num.* 17, 1 e 3-4; MACROBIUS. *Saturnalia*. *Op. cit.* 1, 13, 1-7; TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 1, 19, 7.

[181] CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 2, 17, 31.

[182] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 1, 26, 5-6.

[183] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 3, 30, 7.

[184] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 3, 22.

[185] TACITUS. *Annales*. 12, 8. *In:* GRIMAL, Pierre. *Ouevres complètes de Tacite*. Paris: Gallimard, 1990.

[186] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 1, 32, 5.

[187] CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 2, 20, 35.

[188] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 3, 61, 1 e 62, 1.

[189] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 4, 15, 6.

instituição das centúrias[190]. Atribuem-se, ainda, a Servius Tullis mais de meia centena de leis régias, que incluem matéria de direito privado[191] e processo[192] romanos.

Ao último Rei de Roma, Tarquinío, o Soberbo, atribui-se a ab-rogação de todas as leis servianas, em ato impetuoso, em que as tábuas, onde estavam inscritas, foram impiedosamente destruídas[193], ao que se pode imputar, sob um ponto de vista tradicional, a inexistência das fontes diretas das leis régias.

Conquanto seja bastante ampla, como salientado, a referência que se faz à edição de leis régias, não há substrato material suficientemente denso para dar suporte à história interna do Direito Romano. Parece-nos, pois, mais provável que a menção às leis régias seja uma espécie de antecipação na cunhagem histórica dos eventos, no afã de revestir de um caráter vetusto e tradicional os institutos do Direito Romano, que viriam a se manifestar em plenitude durante a República. Paulus Krüger, no entanto, vê certa homogeneidade no conteúdo suposto das leis régias, falando mesmo em um *jus civile Papirianum,* mas reconhece que a existência das leis de Sérvio Túlio é fruto da imaginação dos analistas, chegando a afirmar que elas jamais existiram[194].

---

[190] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 1, 42, 5. É interessante notar que se atribui, bem assim, a Sérvio Túlio a extensão dos direitos da cidade aos escravos libertos: DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 4, 22, 4.

[191] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 4, 13, 1. Há também registros na tradição que dão conta de disposições de Servius Tullius em matéria de direito de família: FESTUS. *Breviarum* (L. 230).

[192] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 4, 25, 2.

[193] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. *Op. cit.* 4, 43, 1.

[194] KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources du Droit Romain*. Trad. M. Brissaud. Paris: Thorin & Fils, 1894. p. 10.

4. A República

4.1 A Constituição Social e Política da República

Em fins do século VI *a. C.* Roma vivencia uma profunda mudança em sua constituição política. A tradição literária atribui ao ultraje de Lucrécia, perpetrado por um filho do Rei Tarquínio, a causa eficiente da derrocada da Realeza e a expulsão dos Reis de Roma. Nesse passo, a ascensão da República precede a invasão gálica, que ocorreria no século IV *a. C.*

O Rei é substituído por uma dupla magistratura anual: o consulado[195]. À hipótese tradicional que atribui ao ultraje de Lucrécia a causa da derrubada da Realeza arrima-se em uma imagem romântica do evento, que, em bases fáticas, pode ser imputado a uma multiplicidade de fatores, com especial destaque para as derrotas militares sofridas pelos etruscos frentes a Cumas, à pressão crescente dos Sabinos em benefício de sua participação política e à insurgência da velha aristocracia do patriciado latino. A expulsão dos Reis etruscos deriva, pois, de um conjunto de fatores sociais e políticos que terminaram por engendrar uma nova forma de Governo oligárquico, marcado pela colegialidade e periodicidade, que se sustenta no Senado.

É de se supor, outrossim, que a alteração não tenha sido abrupta, mas paulatina, em um contexto em que a autoridade do Rei é substituída, em um período de

---

[195] Para De Martino, o consulado expressa um primeiro passo na ascensão política da plebe. *Cf.* DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione* (...). *Op. cit.* p. 113 *et seq.*

transição, pelo *Dictator*[196]. O consulado, enquanto magistratura máxima, é uma derivação do *imperium* militar, porquanto os chefes das legiões são os responsáveis por tomar parte colegiadamente das decisões, antes tomadas pelo *Rex*.

Os pilares políticos fundamentais da Sociedade Romana seguem sendo o *Populus*, corporificado nas assembleias comiciais, o Senado e a Magistratura, que, de certa forma, preenche o espaço político antes destinado ao *Rex*. Há, entretanto, uma modificação digna de realce: ao passo que o *Rex* impera de uma posição superior e exterior ao povo romano, a magistratura é órgão[197] da *civitas*, derivando suas funções de um critério explícito de legitimidade. Há, bem assim, de se ter em mente que o exercício das funções sacrais (não se cuidando aqui do augures) passa a estar dissociado do alto comando da *civitas*, uma vez que são trasladados para o *pontifex maximus* e para o *rex sacrorum* (*sacrificiculus*). Os cônsules, ressalvado aquilo que tange a essas atribuições referentes ao culto, mantém um poder unitário e global (*imperium*), que congrega atribuições atinentes ao poderio de mando militar, a exercício da jurisdição e à administração do Tesouro.

---

[196] DE MARTINO, Francesco. *Ibid.* No mesmo sentido, KONERMANN, Ernst. *Romïsche Geschichte*. Vol. II. Stuttgart: Kröner, 1964. p. 64 *et seq.* Pompônio diz-nos do crescimento vegetativo do povo romano e das disputas freqüentes, inclusive bélicas, com os povos vizinhos. Daí surge a necessidade de se criar uma magistratura extraordinária com poderes mais amplos. Surge, assim, a Ditadura. A denominação inicial do *Dictator* foi *Magister populi*, ou senhor do exército. O Ditador possuía uma ampla soma de poderes, sendo-lhe, inclusive, atribuída a faculdade de aplicar a pena capital (*et quibus etiam capitis animadversio data est*). Entretanto, seu caráter excepcional fica patente na limitação temporal para seu exercício, contada em seis meses. Essa magistratura aparecia em momentos de crise do Estado, notadamente no tempo de guerra. Aos Ditadores fazia-se jungir o *magister equitum,* que desempenhava o mesmo papel que o *tribunus militum*, junto ao Rei.Perdurou até a Guerra contra Aníbal, a partir de quando a nomeação do Ditador passou a ser objeto de apreciação pelos Comícios, precipitando-se, pois, o fim da instituição, mantendo, contudo, acesa a repulsa para com ela.

[197] É decorrência da criação do Consulado a concepção de dois importantes institutos do Direito romano clássico: a responsabilidade e a *intercessio*. Porque temporária, a magistratura faz incidir sobre a pessoa do cônsul a responsabilidade por atos ilícitos praticados, ainda que se tenha findo o mandato, à diferença do reinado, que, pela via da vitaliciedade, impede qualquer imputação de responsabilidade. De outro lanço, atribui-se a cada cônsul um poder de veto das decisões de seu consorte, de modo a tornar robusta colegialidade no exercício do poder.

O Senado surge como instância provedora da estabilidade, que se opõe à periodicidade própria do consulado. Embora haja registros de que já no início da República os plebeus já se fizessem presentes no Senado, esse dado parece, uma vez mais, fruto de uma ilação imprecisa. A ascensão ao Senado dependia do exercício de alguma magistratura, de modo que é mais provável que a presença plebeia nesta instituição[198] seja decorrência de uma marcha constante para galgar postos nas magistraturas[199].

O *populus* segue se organizando por meio de assembleias. Coexistem, na República, os Comícios por cúrias e os Comícios por centúrias, oriundos da reforma serviana. Aqueles mantêm apenas competências simbólicas, que se cingem à *inauguratio* de alguns sacerdotes, a manifestações de ordem familiar – *adrogatio* e o *testamentum* – e à aprovação da *Lex curiata de imperio*[200], que passa a assumir um caráter militar, pois o

---

[198] A representação senatorial permaneceu inalterada na transição para a comunidade patrício-plebeia. O direito de confirmar os acordos populares, entabulados entre Roma e outros povos, permaneceu restrito aos patrícios. A gradativa evolução e inclusão concedida aos patrícios fez surgir a figura dos *conscripti* – plebeus que se sentavam no Senado ao lado dos *patres* patrícios e, conquanto possuíssem o direito de voto, era-lhes negado oferecer quaisquer proposições (TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* II, 1. A partir dessa distinção, passou-se a se referir ao *Senatus* romano, através da fórmula *patres et conscripti*). Apenas com o plebiscito Licínio, atingindo a mais alta magistratura, puderam equiparar-se também no Senado.

[199] A sociedade patrício-plebeia a que já nos referimos e que sucedeu a comunidade quiritária, conformou, atendendo aos reclamos da plebe, uma magistratura que lhes era própria: o tribunado plebeu. O tribunado plebeu sempre foi considerado de inferior escalão e nunca lhes foi concedido o *imperium* militar. Ao tribuno plebeu tampouco se lhe atribuíam os direitos honoríficos, como a cadeira curul. O tribunado plebeu podia exercer alguma influência nas demais magistraturas patrícias, através de uma espécie de poder de veto, amplo e geral, conhecido como *intercessio*. Pouco a pouco, essa magistratura foi sendo reconhecida como uma espécie de interlocutor entre a plebe e os Comícios (a partir de 289-86 a. C. reconheceu-se sua aptidão para convocar e presidir os Comícios, com a *Lex Hortensia*) e, posteriormente, entre a plebe e o Senado. A única parcela de *iurisdictio* que exerciam tangenciava o procedimento penal, como materialização do direito de autodefesa da plebe. Na perspectiva administrativa, estavam aptos a instruírem os procedimentos de tomada de contas dos demais magistrados. No jogo de forças políticas, afirma Mommsen "*el tribunado del pueblo* [...] *sirvió para plegar la resistencia de los mismos, justa o injustamente, al dominio de una oligarquía. El tribunado del pueblo, entregado en manos del Senado, siguió siendo una arma revolucionaria, arma de la cual se hizo uso aun contra la soberanía de la nobleza, conforme cambiaban los partidos políticos*". *Cf.* MOMMSEN, Teodoro. *Op. cit.* p. 236. Juntamente com o tribunado plebeu havia outra magistratura plebeia: a edilidade. Os *ediles* eram os responsáveis pela gestão dos prédios onde se depositavam os decretos da plebe. Eram, assim, uma espécie de zeladores do patrimônio público imobiliário.

[200] Para Mommsen, a *Lex curiata de imperio* é o ato pelo qual o magistrado assume sua competência e presta o compromisso de obedecer, atribuindo, pois, caráter declaratório à lei. MOMMSEN, Theodor. *Römisches Staatsrecht*. Vol. I. Reimpressão. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 50 *et seq.* Para uma

magistrado aceito pelas cúrias torna-se *imperator*, no sentido castrense da palavra. Os comícios por centúrias promovem a conexão atávica entre *populus* e exército, ao organizar a participação política segundo a aptidão para o cumprimento da obrigação de armas. O exército, assim, volta-se para uma organização timocrática, que se vai distanciando da organização de cunho hereditário e nobiliárquico. Os primeiros tempos da República são marcados pela crescente luta da plebe por ascensão política e aproximação com o velho patriciado. Nesse contexto, surge outra espécie de assembleia comissial – os *comitia tributa*[201]. Esses comícios têm como unidade de voto a tribo, circunscrição territorial que abarca todos os habitantes, conferindo a cada um direito de voto, independentemente de sua classe no censo, tendo competências específicas, sobretudo naquilo que tange à nomeação das magistraturas plebeias.

Coexistem, na República, outras instituições ao lado da tríade de sustentáculos do Estado Romano: *populus*, senado e consulado. A transição da Monarquia para a República presencia o surgimento de uma magistratura extraordinária, a precitada Ditadura. Inicialmente conhecido como *magister populi* (senhor dos exércitos), o Ditador, ao assumir sua magistratura, suspende temporalmente o exercício de todas as demais. Sua nomeação ocorreria para acudir missões específicas (*dictator imminuto iure*) ou como substituto temporal do consulado (*dictator optima lege creatus*), não se sujeitando à

completa análise das teorias acerca da *Lex curiata*, *Cf.* VERSNEL, H. S. *Triumphus*: an inquiry into the origin, development and meaning of the Roman Triumph. Leiden: Brill, 1970. p. 319 *et seq*.

[201]Segundo José Castillejo e Manuel Abellán Velasco, os *comitia tributa* também eram conhecidos como *comitia leviora*, que encontrariam suas raízes históricas nos *concilia plebis*. Sua competência abarcaria, além da nomeação de magistrados menores, a nomeação de alguns sacerdotes e o exercício de jurisdição criminal nos casos de *provocatio* contra multas. *V.* CASTILLEJO, José; ABELLÁN VELASCO, Manuel. *Historia del Derecho Romano*: política, doctrinas, legislación y administración. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. p. 177.

*intercessio*ou à *provocatio*. Ao lado da Ditadura, exsurgem, ainda, outras magistraturas, como a questura, os *tribuni militum*[202], a censura[203], o tribunado plebeu e a edilidade.

A plebe, subjugada em relação ao patriciado, vivenciava um direito consuetudinário hermético, interpretado e aplicado pelos magistrados patrícios. Convive, também, com a exploração exclusiva das terras públicas conquistadas (*ager publicus*) pela casta privilegiada, com a proscrição do matrimônio *intergentilício* e com um procedimento de execução de dívidas rigoroso, que atingia, inclusive, o corpo do devedor. A tensão social que se estabelecia seria a força motriz da evolução do Direito e das Instituições romanas nos anos seguintes, de que é testemunha a criação do tribunado plebeu, que chega, inclusive, a convocar reuniões plebeias (os *concilia*), que serão o antecedente histórico dos *plebiscita*, que adiante examinaremos.

[202] É interessante observar que a existência dessa magistratura é mais um episódio da luta plebeia por participação política, na medida em que os *tribuni militum* eram magistrados plebeus com poderes consulares. Sua criação não surtiu efeitos imediatos, uma vez que a magistratura ficou suspensa por um largo período de tempo.

[203] A data de surgimento da censura é geralmente aceita como o ano de 443 *a.* C, como narra Tito Lívio, com a nomeação de L. Papirius e L. Sempronius. *Cf.* PIERI, Georges. *L'histoire du cens jusqu'a la fin de la Republique*. Paris: Sirey, 1968. p. 125.

4.2 As Leis das Doze Tábuas Decenvirais

A Lei das Doze Tábuas decenvirais é produto dessa já anunciada tensão entre a comunidade patrícia e o grande contingente plebeu. A administração da justiça, sendo reservada aos magistrados patrícios, impunha pesados ônus ao plebeiado, na medida em que o arbítrio granjeava cada vez mais espaço no campo da incerteza do direito consuetudinário e pontificial.

Narram-nos Tito Lívio[204] e Dionísio de Halicarnasso[205] que, por volta do ano 462 *a. C.* (ou ano 292 da Fundação da Cidade), o tribuno C. Terentilius Arsa propõe a criação de uma comissão que se encarregaria de redigir um Código escrito e a todos imponível. Por que oriunda de uma tensão social, neste momento já explicitada, a confecção das Leis das Doze Tábuas traz em seu âmago a preocupação com a eqüidade[206]. Questão relevante no âmbito da literatura romanística é aquela que tange aos reais destinatários das normas contidas nas Doze Tábuas. Otto Karlowa[207], romanista de grande prestígio, apoiado em fragmento de Tito Lívio[208], afirma que as Leis das Doze Tábuas foram idealizadas por Terentilius não como direito comum, mas, sim, como um direito aplicável apenas à plebe.A interpretação é colocada em dúvida por Küeger, que se reporta a fragmento diverso de Tito Lívio[209]. É certo, porém, que a edição das Leis das

[204] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 9.

[205] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia. Op. cit.* 10, 3.

[206] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 31, 7; 34, 3; 61, 6; 63, 10; 67, 9. DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia.* 10, 29 e 10, 50. Tácito é ainda mais explícito quanto à conexão entre as Leis das Doze Tábuas e a promoção da equidade: *compositae XII Tabulae, finis aequi iuris. Cf.* TACITUS. *Annales. Op. cit.* 3, 27.

[207] KARLOWA, Otto. *Römische Rechtsgeschichte.* V. I Leipzig: Verlag von Vait & Comp., 1885. p. 113.

[208] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 31, 7.

[209] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 9, 5.

Doze Tábuas decenvirais representa um avanço no caminhar histórico da ideia de Justiça, na medida em que consubstancia um passo em direção à conceptualização e universalidade do fenômeno jurídico.

A tradição informano-nos que uma comitiva de três homens é formada em Roma, no ano 454 *a.* C., com o objetivo de visitar a Grécia e ali obter uma cópia das Leis de Solon. No ano de 452 *a.* C., outra comitiva, desta feita composta por dez membros, integrantes da magistratura do decenvirato, é encarregada de uma dupla tarefa: redigir as leis reclamadas pela plebe e governar, neste ínterim, Roma, em lugar dos cônsules[210]. Em fins do mesmo ano, um conjunto de Dez Tábuas é apresentado aos e aprovado pelos Comícios por Centúrias, ao qual são acrescidas ainda duas Tábuas, no ano 450 *a.* C[211]. As tábuas em bronze[212] foram, em seguida, expostas nos *rostra* do Fórum romano, mas não chegaram a ser identificadas enquanto objeto arqueológico, o que, segundo a tradição, pode ser imputado ao incêndio de Roma, promovido pelos Gauleses. Durante a República, o conteúdo das Leis das Doze Tábuas foi amplamente difundido, mesmo entre a juventude romana[213] e em terras para além do *pomerium*, como em Cartago.

É interessante observar que os jurisconsultos romanos, de certo modo, negligenciaram o estudo das disposições das Leis das Doze Tábuas, referindo-se a elas

---

[210] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 31. DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia.* 10, 52.

[211] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita. Op. cit.* 3, 31. DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia.* 10, 57. CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica. Op. cit.* 3, 37, 63. Há polêmicas acerca do real procedimento de aprovação, contrastando-se os fragmentos de Tito Lívio e Cícero, de um lado, e Dionísio de Halicarnasso, de outro. *Cf.* MOMMSEN, Theodor. *Römisches* (...). Vol. II. *Op. cit.* p. 726.

[212] Lemos em Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso e no Digesto a expressão *tabulae eboreae*, mas seu real teor permanece desconhecido, pois se afirma que um copista haveria substituída a palavra *roboreae* por *eboreae*.

[213] Cícero narra com certo lamento o fato de que a juventude já não mais estava habituada a conhecer o conteúdo das Leis das Doze tábuas: "*discebamus enim pueri XII ut Carmen necessarium, quae hodic nem discit*" CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus. Op. cit.* 2, 23, 59.

apenas por via indireta. É somente a partir do desenvolvimento dos estudos de gramática e arqueologia, no século VII de Roma, que as Leis das Doze Tábuas convertem-se em um objeto de estudo singular, notadamente tomando como base os trabalhos de Varro[214]. Os principais comentários das Leis das Doze Tábuas são aqueles realizados por L. Acilius, S. Aelius, em seu *Tripertita*, Antistius Labeão, pelos gramáticos Servius Sulpicius e Aelius Stilo Praeconinus e por Gaio, cujos comentários foram incorporados ao *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Chega-se, de fato, ao conhecimento das Leis das Doze Tábuas quer pelos comentários indiretos, que se reportam apenas ao preceito, quer, em circunstâncias mais limitadas, pela citação direta de seu conteúdo. O acesso às Doze Tábuas foi especialmente difundido a partir do século XIX, com a publicação das primeiras edições modernas das Institutas de Gaio. As principais edições que procuraram compilar o conteúdo das Leis das Doze das Tábuas são aquelas propostas por Jacques Godefroy[215], Dirksen[216], Schoell[217], Bruns[218] e Voigt[219].

Dado o acesso indireto que se pode ter ao conteúdo das Leis das Doze Tábuas, não é raro surgirem discordâncias naquilo que tange à localização de determinado preceito no conjunto das tábuas. De um modo geral, certos temas são objeto de algum

---

[214]*Cf.* a seminal obra de Rudolfus Schoell, citada por todos os romanistas de escol, SCHOEEL, Rudolfus. *Legis Duodecim Tabularum Reliquiae*. Leipzig: B. G. Teubneri, 1866. p. 10 *et seq*. KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources* (...). *Op. cit.* p. 10 *et seq*.

[215] GODEFROY, Jacques. *Fontes quator iuris civilis*. Genebra: Ioannis Ant. & Samuelis Tournes, 1653. A obra traz, bem assim, uma compilação da *Legis Iuliae et Papiae*, do Édito Perpétuo e do Livro de Sabiniano.

[216] DIRKSEN, Heinrich Eduard. *Uebersicht der bisherigen versuche zur kritik und herstellung des textes der Zwölf-tafel-fragmente*. Leipzig: J. C. Hinrichs, 1824.

[217] SCHOEEL, Rudolfus. *Op. cit.* Obra que traz, também, um intróito crítico.

[218] BRUNS, Carolous Georgius; GRADENWITZ, O. (org). *Fontes Iuris Romani Antiqui*. 7 ed. Tübingen: I. C. B. Mohrii (P. Siebeck), 1909. [1. reimp. 2009]

[219] VOIGT, Moritz. *Die XII Tafeln*: Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie-Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. V. I. *s. l.*: A. G. Liebeskind, 1883 e VOIGT, Moritz. *Die XII Tafeln*: Geschichte und allgemeine Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. V. II. *s. l.*: A. G. Liebeskind, 1883.

consenso por parte da tradição. É assim que as disposições a respeito da *in ius vocatio* têm-se por inscritas na primeira tábua[220]; as exceções, na segunda tábua; as causas de extinção da pátria potestade, na quarta tábua[221]; disposições acerca dos funerais, na décima tábua[222]; os preceitos sobre a *intercalatio* e o *conubium*, em alguma das duas últimas tábuas[223]; o princípio segundo o qual os comícios centuriados detêm a competência para restringir a *caput civis*, em alguma das dez primeiras tábuas[224]. De outro lanço, a repartição dos demais fragmentos foi feita pelos editores, quer arrimados nos Comentários de Gaio, quer arbitrariamente[225].

Importa observar que as Leis das Doze Tábuas sofreram notada influência grega, sobretudo naquilo que tange às disposições sobre o culto, como decorrência natural dos influxos exercidos sobre a comitiva dos decênviros enviada à Grécia e dos trabalhos de Hermodoro de Éfeso, filósofo pré-socrático grego, que se teria juntado à comissão que elaborou as Doze Tábuas[226].

O conteúdo das Leis das Doze Tábuas pode ser considerado como uma grande compilação do Direito Romano Público e Privado. As disposições mais numerosas são aquelas que disciplinam o processo romano, em especial, a execução sobre a pessoa. Em matéria de Direito Privado, encontram-se apenas disposições gerais, uma vez que a base consuetudinária do velho *ius civile* continua plenamente válida. É possível citarem-se

---

220 CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* 2, 4, 9.
221 DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. 2, 27
222 CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* 2, 25, 64.
223 MACROBIUS. *Saturnalia*. 1, 13, 21. CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. 2, 37, 63.
224 CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. 2, 36, 61 e TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 3, 33.
225 KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources* (...). *Op. cit.* p. 16.
226 CICERUS, Marcus Tullius. *Tusculanae*. *Op. cit.* 5, 36, 105. PLINIUS. *Naturalis Historia*. *Op. cit.* 34, 5, 21 e Pompônio, no Digesto, Dig. 1, 2, 2, 4.

inúmeras disposições anteriores às Doze Tábuas e que, a despeito de não constarem da compilação, seguem revestidas de juridicidade, podendo-se, neste particular, destacar-se o instituto da *postliminium* – decorrência do princípio geral *ex iniuria ius non oritur*; a *pignoris captio* em relação à *aes equestre* – que denota a supremacia do interesse público que reveste as obrigações militares; disposições sobre a condição de hereditariedade *ipso iure* dos herdeiros *sui heredes*; a *mancipatio*; disposições sobre o testamento e sobre a *in iure cessio*. Na seara do Direito Público Romano, há disposições mais escassas e rarefeitas, que se concentram no temário dos *sacra*[227].

Com efeito, as Doze Tábuas reconheciam ao *populus* o poder legiferante, abrindo um novo cenário de densificação das fontes do Direito romano. A par disso, representam o estágio crítico do processo de construção da consciência jurídica, na medida em que a norma passa a assumir foros definitivos de universalidade e exigibilidade.

---

[227] CICERUS, Marcus Tullius. *De Legibus*. *Op. cit.* 2, 23, 24.

4.3 A produção normativa do populus

A mais lapidar definição de lei de que se tem notícia é aquela que foi perenizada nas palavras de Gaio: "*lex est quod populus iubet atque constituit*". As leis, votadas de início nos comícios por centúrias e, adiante, nos *comitia tributa*, consubstanciam a manifestação da vontade legislativa do *populus*(*iussus populi*). Primariamente reservada ao patriciado, a iniciativa legislativa estende-se à plebe, que, a partir do ano 465 *a.* C. passa a editar os plebiscitos, que adiante examinaremos. Vocacionadas à universalidade, as *leges* diferenciam-se dos *privilegia*, pois estes se restringem a disposições específicas não aplicáveis senão a um cidadão determinado e concernindo a um caso particular. É esta a lição de Ateius Capito, citado por Aulo Gélio: "[*lex*] *est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*"[228].

Ordinariamente, qualificamos as normas produzidas no âmbito das assembleias como *leges*. Uma espécie particular de lei são as *leges datae*, que se caracterizam por sua iniciativa qualificada, que repousa no Senado ou em alguma magistratura, em função dos poderes que lhes são atribuídos pelo povo. Essa concepção de *data* foi inicialmente proposta por Mommsen[229], quem, posteriormente[230], atribui-lhe um sentido ainda mais alargado, para incluir no conceito das *leges datae* também as instruções exaradas pelos magistrados[231] no uso da *iurisdictio*, como, por exemplo, os *edicta perpetua*.

---

[228] AULU-GELLE. *Ouevres complètes* (...). *Op. cit.* 10, 20, 07.

[229] MOMMSEN, Theodor. *Die Stadtrechete der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*. Leipzig: Bei S. Hirzel, 1855. p. 392.

[230] MOMMSEN, Theodor. *Römisches* (...). *Op. cit.* p. 310 *et seq.*

[231] Houve magistrados que receberam do povo poderes para legislarem sem quaisquer restrições, como, por exemplo, os *Decemviri legisbus scribendis*; Sylla, no ano de 672 *a. C.*; César; e os triúnviros Otaviano, Augusto e Lépido.

Há controvérsia na literatura romanística naquilo que tange à existência de diferenças entre as espécies normativas das *leges datae* e das *leges rogatae*. Estas difeririam daquelas porque apenas sua provocação originar-se-ia dos magistrados, não a inteireza de seu conteúdo, tal como as *leges datae*. Novamente, Mommsen[232] reconhece que a distinção não é suficientemente clara.

Quanto ao conteúdo, as *leges datae* abordavam, por exemplo, o direito de cidadania[233] e a organização das províncias (*Lex Julia municipalis*).

César[234] chega a encetar um projeto para compilar todas as leis do período republicano, concebendo um projeto que se mirava no Código das Doze Tábuas, mas que não chegou a se concretizar, à diferença da compilação do *jus honorarium*, ao tempo de Adriano.

Na esteira de Mommsen, abandonando-se a distinção entre as *leges datae* e as *leges rogatae*, podemos descrever, de modo superficial, o rito de aprovação das leis. O procedimento de confecção das leis romanas era rígido, porque essencialmente atrelado ao poder de império dos magistrados. A primeira fase consistia na *rogatio*, procedimento segundo o qual a proposta era enunciada por um édito dos magistrados e publicada (*promulgatio*) em tábuas de madeira[235] nos *rostra* do fórum romano. A partir da *promulgatio*, qualquer alteração no texto da proposição estava interditada, sendo apenas permitida sua total retirada e posterior substituição. A partir do ano de 692 *a.* C., com a edição da Lei

---

[232]*Id. Ibid.*

[233] CICERUS, Marcus Tullius. *Pro Balbo. Op. cit.* 8, 19, 14, 32.

[234]"*ius civile ad certum modum redigere atque ex immense diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in pauciccimos conferre libros*". *Cf.* SUETONIO. *Vie des Douze Cesars.* Paris: Belles Lettres, 2008. [44, 3].

[235] DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia.* 42, 32. CICERUS, Marcus Tullius. *Pro Milon.* 32, 87. SUETONIO. *Caesars. Op. cit.* 28.

Licínia Junia, todas as proposições de lei eram depositadas no *aerarium*[236]. Após submetida à comunidade assemblear, o povo reunido dispunha de um *trinum nundium*[237] (três semanas do calendário romano, que equivalem a vinte e quatro dias do calendário gregoriano) para se reunir em *contiones* e deliberar sobre o projeto, no âmbito dos quais qualquer cidadão dispunha do direito de voz[238]. A observância do lapso temporal disponível para deliberação torna-se obrigatória a partir do ano 656 *a.* C., após a edição da Lei *Caecilia Didia*[239].

Antes de se tomarem os votos, a proposta era ainda lida uma vez diante da assembleia, e, então, o magistrado responsável pela *rogatione* pronunciava a fórmula vetusta: *velitis jubeatis Quirites*. Os votos, originariamente, foram dados verbalmente, mas desde a Lei Papiria, do ano 623 *a.* C., os votos secretos passaram a ser dados por escrito[240]. Não cabia aos representantes do *populus* emendar ou alterar as leis propostas, pois somente eram admitidos dois resultados: *uti rogas*, aprovação[241], ou *antiquo*, rejeição[242].

A publicação, entretanto, não se fazia obrigatoriamente, derivando antes do costume que de disposição legal em sentido estrito. A executoriedade, atributo essencial,

---

236 CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 3, 4, 11. "*promulgata proposita in aerario cognita agunto*".

237 CICERUS, Marcus Tullius. *Ad familiares*. *Op. cit.* 16, 12, 8.CICERUS, Marcus Tullius. *Pro domo sua*. *Op. cit.* 17, 45.

238 CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 3, 4, 11. "*rem populum docento, doceri a magistratibus privatisque patiunto*".

239 CICERUS, Marcus Tullius. *Pro domo sua*. *Op. cit.* 16, 41. A Lei *Caecilia Didia* ainda interditava que propostas de lei fossem anexadas umas às outras, de modo a preservar a liberdade do legislador.

240 CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 3, 16, 35. MOMMSEN, Theodor. *Römisches* (...). *Op. cit.* p. 404.

241 TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 6, 38, 5; 10, 8, 12; 30, 43, 3; 31, 8, 1; 33, 25, 8; 38, 54, 11. CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 2, 10, 24.

242 TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 4, 58, 15; 5, 30, 7; 8, 37, 11; 22, 30, 4; 31, 6, 3. CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 3, 17, 38. CICERUS, Marcus Tullius. *De officis*. *Op. cit.* 2, 21, 73.

por que corolário da irresistibilidade, não era decorrência imediata da publicidade, mas de sua aprovação no âmbito assemblear[243].

Naquilo que tange ao aspecto formal, as *leges* dividiam-se em três partes, a saber: a) a *praescriptio*, que trazia o nome e os títulos dos autores da lei, o dia em que foi votada nas tribos e a designação da tribo e de seus primeiros membros a votar[244]; b) a *rogatio*; e c) a *sanctio*[245], que contém, efetivamente, a sanção ao preceito. Quanto à sanção, os jurisconsultos[246] classificavam as leis de direito civil como *leges perfectae*, cuja sanção era a nulidade do ato praticado em inobservância do preceito; como *leges minus quam perfectae*, cuja sanção incidia como ameaça sobre o descumpridor do preceito; como *leges imperfectae*, leis desprovidas de sanção expressa.

Quanto ao aspecto temporal, as *leges* observavam o preceito imemorial, consagrado nas Doze Tábuas[247], segundo o qual a lei posterior revoga a lei anterior. Ulpiano[248] ensina-nos, outrossim, que se chama ab-rogação (*abrogare*) a revogação integral da lei; derrogação (*derogare*) ou "ex-rogação" (*exrogare*), a revogação parcial; e ob-rogação (*obrogare*) a revogação indireta.

---

[243] MOMMSEN, Theodor. *Römisches* (...). *Op. cit.* p. 225.

[244]"*in indice et in praescriptione legis*". *In*: CICERUS, Marcus Tullius. *De lege agraria*. 2, 9, 22. A *praescriptio* mais completa de que se tem notícia é aquela que consta da *lex Quinctia de aquaeductibus*. Como nos informa Krüeger, essas indicações que deveriam constar da *praescriptio* eram por demasiado complexas. Isso posto, a designação corrente de determinada lei consistia na utilização do nome gentilício do autor da lei, sob a forma adjetiva. Na hipótese de concurso de autores, ambos os nomes gentílicios eram citados, podendo ou não se fazerem unir pela conjunção *et* (*v. g.*, *lex Caecilia et Didia*; *lex Aternia Tarpeia*); expediente esse que também servia para referenciar leis diversas acerca de um mesmo objeto (*v. g.*, *lex Julia et Papia*; *lex Julia et Titia*; etc.). Ao nome do autor também é corrente a menção ao objeto da lei. *Cf.* KRÜEGER, Paulus. *Histoire des Sources* (...). *Op. cit.* p. 25.

[245]"*sanctio legum quae novissime cerlam poenam irrogat his qui legis non obtemperaverint*" Dig. 48, 19, 41.

[246] ULPIANO, *Inst.* § 1, 2.

[247] TITO LÍVIO. *Ab urbe condita*. *Op. cit.* 7, 17, 12.

[248] ULPIANO, *Inst.* § 3, incorporado ao Digesto em Dig. 50, 16, 102.

Cícero, no seu célebre quinto discurso de suas Filípicas contra Marco Antônio, alega que um cidadão pode, julgando nula determinada lei, sobretudo por ofensa aos auspícios, deixar de observar seus preceitos[249]. Não são claras, contudo, as disposições do Direito Romano da República no que concerne ao regime de nulidades das leis, matéria que estava plenamente entregue ao tirocínio dos magistrados[250]. Já em fins da República, o Senado toma para si a incumbência de decidir sobre a validade das leis[251], utilizando-se da *auctoritas patrum*.

A lei adquire, nesse passo, um caráter semi-contratual, na medida em que representa uma espécie de acordo entre o magistrado que a propõe e a assembleia que a aprova, distinguindo-se, bem assim, do plebiscito, que é votado apenas pela plebe, no âmbito de seus *concilia*, e proposto apenas pelos magistrados plebeus (edis e tribunos). Essa diferenciação perde sentido a partir da edição das *Leges Hortensiae* (286 *a.* C.), que funde plebe e patriciado. Os plebiscitos são, assim, *adaequata*,tornando-se equivalentes às *leges*[252].

As inscrições às quais se tem acesso dão-nos a conhecer um espectro limitado das leis que efetivamente vigoraram durante a República. Podemos mencionar as seguintes, recolhidas das fontes alhures citadas: a) *Lex Silia* sobre pesos e medidas[253], datando provavelmente do ano 244 *a.* C.; b) *Lex Papiria* sobre o *sacramentum*[254] (entre os

---

[249] CICERUS, Marcus Tullius. *Phillipiques*. *Op. cit.* 5, 4, 10.

[250] KRÜEGER, Paulus. *Op. cit.* p. 27.

[251] CICERUS, Marcus Tullius. *De legibus*. *Op. cit.* 2, 6, 14; 2, 12, 31. *Pro domo sua*, 15, 40; *Phillipiques*, 5, 4, 10; 11, 6, 13; 12, 5, 12; 13, 3, 5. DIONÍSIO DE HALICARNASSO. *Rhomaike Archaiologia*. 36, 25.

[252] ROTONDI, Giovvani. *Leges publicae Populi Romani*: elenco cronologico con una introduzione sull'attivitá legislative dei comizi romani. Zürich: G. Olms, 1962. p. 13 *et seq*.

[253] FIRA, I, p. 79, n. 11.

[254] FIRA, I, p. 80, n. 2.

anos 242 *a.* C. e 124 *a.* C.), plebiscito que transfere aos comícios por tribos, presididos pelo pretor urbano, a nomeação dos *Tresuiri capitales*; c) *Lex Plaetoria* sobre a jurisdição do pretor[255]; d) *Lex Atinia* sobre a usucapião de coisas roubadas[256]; e) *Lex Sulpicia* sobre os direitos dos ribeirinhos[257]; f) *Lex latine de Batia*[258]; desta lei conhecemos apenas a *sanctio*, que se encontra no verso da tábua de bronze, pertencente ao acervo do museu de Nápoles, onde está inscrita a *Lex osque de Bantia*; g) *Lex Sempronia Repentundarum*[259], texto essencial ao conhecimento do procedimento das *questiones*, sendo o único documento a mencionar a célebre imunidade judiciária dos cavaleiros (*exceptio legis*); h) *Lex Agraria* de 111 *a.* C.[260], inscrita no verso da *tabula Bembina*, que também contém a *Lex Repentundarum*, a qual, segundo Mommsem, em comentários à reedição das Fontes de C. G. Bruns[261], desobriga os possuidores do *ager publicus* do pagamento ao Estado da *vectigal*[262]; i) Fragmento de Taranto, encontrado e publicado por Renato Bartoccini[263], que contém lacunosas extratos de leis judiciárias; j) Lei de Delfos[264], que se trata de uma tradução grega de uma lei romana do ano 101-100 *a.* C., a qual confere a alguns governadores das províncias (Ásia e Macedônia) poderes, não submetidos ao Senado, para combaterem ataques de piratas e elevar impostos e, ainda, impõe ao Senado a obrigação de receber em

---

[255] FIRA, I, p. 80, n. 3.

[256] FIRA, I, p. 81, n. 4. GIRARD, p. 32.

[257] FIRA, I, p. 81, n. 5.

[258] CIL, I, p. 45, n. 197, I, 2^2, p. 439, n. 582, Add. p. 723, 739. FIRA, I, p. 82, n.6. GIRARD, p. 29.

[259] CIL, I, p. 49, n. 198, I, 2^2, p. 443, 583, Add. p. 723, 739. GIRARD, p. 32. FIRA, I, p. 84, n. 7.

[260] CIL, I, p. 175, n. 200, I, 2^2, p. 455, n. 585, Add. p. 723, 739. *Cf.* também um suplemento publicado ao *Corpus* em CIL, XI, 364, b.

[261] Sexta edição de 1893.

[262] *Cf.* sobre a questão agrária romana TIBILETTI, G. *Lo sviluppo del latifondo dall'epoca graccana all'impero*. *In*: Relazioni del X Congresso internazionale di scienze storiche. Vol. II. Firenze: G. C. Sansoni, 1955. p. 235 *usque* 292.

[263] BARTOCCINI, Renato. *Fragmentum Tarentium*. *In: Epigraphica*. V. 9. *s. l.*,1947. p. 3 *usque* 31. GIRARD, n. 9.

[264] FIRA, I, p. 121, n. 9.

caráter*extra ordinem* os embaixadores de Rhodes; k) Lei dos XX *Quaestoribus*[265], do ano 81 *a.* C., encontrada em Roma no século XVI e conservada no Museu de Nápoles, a qual versa sobre o aumento no número de questores, tornando-se proporcionais às demais magistraturas e altera a forma de sua nomeação; l) *Lex Antonia Corne*[*lia*] *de Termessibus*[266], do ano 68 *a.* C., também encontrada em Roma, conjuntamente com a Lei dos XX *Quaestoribus*, e hoje pertencente ao acervo do museu de Nápoles, contendo um plebiscito que reconhece a cidade de Termessus Major como livre e seus cidadãos como amigos, livres e associados ao povo de Roma; m) *Lex Iulia Municipalis*[267] (ou *Tabulae Heracleensis*) que foi encontrada entre os anos 1732 e 1734, em dois fragmentos, perto da cidade de Heracléia, na Lucânia, e conservadas também no museu de Nápoles. O primeiro dos fragmentos contém o que provavelmente é uma *Lex rogata*, que dispõe sobre a força pública romana, sobre as *professiones frumentariae*, sobre o uso de vias públicas e o direito de ali circular, a organização da cidade e dos cidadãos, as condições de elegibilidade ao decuriato e às magistraturas locais, e sobre a realização do censo. O segundo dos fragmentos traz um texto grego do século V, que trata das propriedades.Sua datação é objeto de discussões na literatura, mas se pode assumir que date do período compreendido entre os anos 80-43 *a.* C.; n) *Lex Julia Agraria*, que durante anos foi tida como parte de uma Lei *Mamilia Roscia Peducae Alliena Fabia*[268], modernamente é tida como uma lei dos tempos de César. Sua datação, que se põe entre os anos 59-47 *a.* C., foi questionada a partir do descobrimento, em 1922, do Fragmento de Falerio[269], que conteria a suposta *sanctio* do texto, de modo que parte dos historiadores afirma ser a lei de

---

265 CIL, I, p. 108, n. 202, I, 2^2, p. 466, n. 587. BRUNS, p. 89, n. 12. GIRARD, n. 11; FIRA, I, p. 131, n. 10.
266 CIL, I, p. 114, n. 204, I, 2^2, p. 472, n. 589. BRUNS, p. 92, n. 24; GIRARD, n. 12; FIRA, I, p. 135, n. 11.
267 CIL, I, p. 119, n. 206, 2^2, p. 482, n. 593. BRUNS, p. 102, n. 18. GIRARD, n. 13. FIRA, I, p. 140, n. 13.
268 GIRARD, n. 14. FIRA, I, p. 138, n. 12.
269 CIL, I^2, p. 2677.

um período posterior ao 70 *a.* C., mas anterior à reforma judiciária promovida por César[270]; o) *Lex Gabinia-Calpurnia*[271]contida em uma pedra descoberta na ilha de Myconos em 1907, mas que provém de Délos, que traz uma lei, do ano 58 *a.* C., dos cônsules A. Gabinius (Capito) e L. Calpurnius Piso, a qual dispõe sobre algumas isenções de impostos e a obrigação de se repararem templos destruídos por piratas; p) *Lex Gallia Cisalpina* ou *Lex Rubia*[272], datada entre os anos 49-42 *a.* C., que dispõe sobre a organização judiciaria da Gália Cisalpina[273]; p) *Fragmentum Atestium*[274], que está contido em uma tábua de bronze encontrada em Este, a 1880, e atualmente conservada no museu local. Conquanto haja divergências, tem-se como correto, na esteira da opinião de Mommsem, que ali estão contidas partes da já citada *Lex Gallia Cisalpina*; q) *Rogatio* sobre o procedimento eleitoral e a *destinatio* dos magistrados (*Tabula Hebana*)[275], tábua de bronze encontrada na região da Toscana, em Migliano (Grosseto), no ano de 1947, e atualmente conservada no Museu Arqueológico dell'Etruria, havendo sido noticiada, em 1949, por R. Raveggi, A. Minto e U. Coli. A tábua contém uma série de honras conferidas, segundo o procedimento utilizado para as eleições consulares e pretorianas,pelo Senado, em memória de Germanicus Caesar, sendo, pois, uma disposição legislativa de tempos do império, sob Tibério; r) *Lex de Imperio Vespasiani*[276], tábua de bronze encontrada em Roma em começo do século XIV, atualmente conservada no museu do Capitólio, que contém o fim de um

---

[270]*Cf.* ROTONDI, Giovvani. *Leges publicae Populi Romani*. *Op. cit.* p. 388-389. ROSS TAYLOR, Lily. *Caesar's agrarian legislation and his municipal policy*. Princeton: Princeton University Press, 1951. p. 68.

[271] CIL I², n. 2500. GIRARD, n. 15.

[272] CIL, I, p. 115, n. 205, I, 2², p. 478, n. 592. CIL, XI, p. 205, n. 1146, II², p. 497, n. 601-602. BRUNS, p. 97, n. 16. FIRA, I, p. 169, n. 19.

[273] Território compreendido entre os Apeninos e os Alpes, no vale do rio Pó.

[274]CIL, I, 2, p. 497, n. 600. BRUNS, n. 17. GIRARD, p. 78. FIRA, I, p. 176, n. 20.

[275] GIRARD, n. 18. *Cf.* EHRENBERG, Victor; JONES, H. M. *Documents illustrating the reigns of Augustus and Tiberius*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1949. [94a]

[276]CIL, VI, 1, p. 167, n. 930. BRUNS, p. 202, n. 56; GIRARD, n. 19. FIRA, I, p. 154, n. 15.

texto de lei que confere ao Imperador Vespasiano os poderes inerentes ao império. O texto auto intitula-se uma *lex regia*, consubstanciando uma resolução do Senado, anterior ao voto do povo, por meio da qual eram determinados os poderes do imperador fundados sob o *imperium*[277].

No aspecto do direito civil estrito, cabe fazer menção às seguintes leis: a) *Lex Poetelia Papiria*, que ameniza o pesado regime jurídico incidente sobre os devedores; b) a *Lex Vallia*, que cria a faculdade de defesa do devedor em juízo, dispensando-se a presença de um fiador (*vindex*); c) a *Lex Aebutia*, que introduz um sistema processual diverso, que permaneceria em vigor até o Império de Diocleciano; d) a *Lex Scribonia*, que abole a usucapião das servidões prediais; e) a *Lex Atinia*, que proíbe a usucapião de coisas roubadas; f) as Leis *Publilia*, *Appuleia*, *Furia* e *Cicereia de sponsus* referentes à fiança; g) a *Lex Cornelia de promissionibus*, que limita as garantias pessoais; h) a *Lex Furia Testamentaria*, que limita os legados; i) a *Lex Voconia*, que proíbe àqueles que constam da primeira classe do censo nomear mulheres como herdeiras; j) a *Lex Falcidia*, que dispõe sobre a herança; k) a *Lex Atilia*, que dispõe sobre a designação de tutores; l) a *Lex Laetoria*, que dita medidas de proteção aos menores de vinte e cinco anos[278].

Cabe, outrossim, mencionar um conjunto de normas, as quais, embora não se possam designar propriamente como *leges datae*, compõem o cenário normativo romano: os estatutos locais, coloniais e municipais. Conquanto não constituam uma emanação de vontade direta do povo, esses estatutos, em alguns casos, eram dados por magistrados, em

---

[277] GAIUS, Inst., 1, 5: "*cum ipse imperator per legem imperium accipiat*". Const. Deo Auctore, § 7, I. 1, 2, 6. Dig. 1, 4, 1. KARLOWA, Otto. *Römische Rechtsgeschichte. Op. cit.* V. I. p. 625. DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione* (...). *Op. cit.* V. IV. p. 462.

[278] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano* (...). *Op. cit.* p. 77. *V.* KASER, Max. *Direito Privado Romano.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

cumprimento às ordens do povo romano, veiculados quer por meio de *leges*, quer por meio de plebiscitos.

Os antigos os chamavam *leges*, ainda que, formalmente, cuide-se de *decreta*, *edita* ou constituições imperiais. As nomenclaturas utilizadas para se referir a essas normas variam, compreendendo os seguintes termos: *lex municipalis*[279], *lex municipii*[280], *lex civitatis*[281], *lex coloniae*[282]. A fundação de uma colônia sempre vinha acompanhada das *leges* específicas, que atribuíam os necesários poderes ao magistrado *ad hoc* designado que exerceria o governo colonial (*praeterconsul*). Ao passo que as colônias romanas seguiram um modelo essencialmente próximo àquele adotado em Roma, as colônias latinas usufruíam de maior liberdade em termos organizacionais, fruto do regime do *ius latinum* que sobre elas incide, dando origem a uma diversidade de estatutos.

É importe observar, ainda, que, ao anexar cidades, conferia-lhes o direito civil *optimo iure*, sem, contudo, suprimir a organização política local, de modo a lhes permitir uma ampla liberdade constitucional, fazendo-se uma apropriação de terminologia contemporânea. Destacam-se, no conjunto das fontes epigráficas, as seguintes *leges*: a) *Lex Osque de Bantia* (*Tabula Bantina*)[283]; b) *Lex Municipalis Tarentina*[284]; c) *Lex Coloniae Genetivae Iuliae Seu Ursonensis*[285]; d) *Lex Municipalis Salpensana*[286]; e) *Lex Municipalis Malacitana*[287]; f)

279Dig. 43, 24 , 3; 47, 12, 3, 5; 50, 1 (*ad municipalem*); 50, 4, 1, 11.

280Dig. 3, 4, 6; 50, 9, 6.

281Dig. 50, 4, 18, 27.

282*V. g.,Lex coloniae Iuliae Genetivae.*

283 CIL, I, 2^2, P. 440. BRUNS, p. 48; GIRARD, n. 6.

284 CIL, I, 2^2, p. 475, n. 590. ILS, 6086. BRUNS, p. 120, n. 27. GIRARD, n. 12. FIRA, I, p. 166, n. 18.

285 CIL, II, p. 852, n. 5439, I, 2^2, p. 488, n. 594. ILS, 6087; GIRARD, n. 16. FIRA, I, p. 177, n. 21.

286 CIL, II, p. 253, n. 1963; ILS, n. 6088; BRUNS, p. 142, n. 30; GIRARD, n. 4; FIRA, I, p. 202, n. 23.

287 CIL, II, p. 256, n. 1964, Add. p. 876-877. ILS, n. 6089. BRUNS, p. 147, n. 30. GIRARD, n. 5. FIRA, I, p. 208, n. 24.

Fragmento Espanhol[288]; f) Fragmento *Italicense* de uma Lei Municipal[289]; g) *Fragmentum legis Lauriacensis*[290].

[288] Pertencente a uma coleção privada, foi encontrado perto de Sevilha (*El Rubio*), ainda no século XIX. Contém partes da *Lex Municipalis Malacitana*. Foi prioneiramente publicado por Héron de Villefose, no *Bulletin de la Societé National des Antiquaires de France*, em 1896. BRUNS, p. 157, n. 31.

[289] Fragmento de uma tábua de bronze, proveniente da região de Huesca, conservado em uma coleção privada sediada em Sevilha. De conteúdo exíguo, permite apenas identificar-se a descrição de um procedimento de *iudicium publicum*. GIRARD, n. 7. FIRA, I, p. 219, n. 25.

[290] Dois fragmentos de uma inscrição em bronze foram encontrados, em 1906-1908, na cidade de Enns (Áustria). Um terceiro fragmento foi encontrado em 1946, encravado no muro do cemitério da cidade de Lorch. Ainda, um quarto fragmento foi descoberto em 1952 na basílica de uma cidade vizinha a Enns. Certamente, cuida-se de um fragmento já do período imperial, pois há menção expressa a Caracalla, sob o título de *Britannicus maximus*. GIRARD, p. 123. BRUNS, p. 159, n. 33a. FIRA, I, p. 220, n. 26.

4.4 Os senatusconsulta

Durante a República, as decisões do Senado não podem ser consideradas como verdadeiras fontes do Direito civil romano (*ius civile*)[291], caráter que adquirirão mais tarde, durante o Principado. Da época Republicana, poder-se-ia citar os seguintes *senatusconsultus*: aquele que prevê a perda do direito de exercer a *proclamatio ad libertatem* por aquele que se deixou vender *pretii participandi causa*[292]e aquele que cria a figura do *quasi usufructus*[293].

O Senado em tempos da República é uma instituição de jaez consultivo, além de exercer outras atribuições concernentes à administração da Cidade, ao *aerarium*, à direção dos negócios estrangeiros e à relação com os aliados e povos amigos. As decisões do Senado são chamadas *senatusconsultus*, diferindo dos *senatus auctoritas* (decisão senatorial não aprovada pelas tribos) e dos *senatus decretum* (decisões tomadas unilateralmente pelo Senado).

Nos últimos séculos da República, o Senado passa a ter competência para revogar leis aprovadas pelo *populus*, em função de vícios formais, bem assim, como narra Cícero[294], para restringir a aplicação da lei pela via da interpretação. Em fins da República, também foi concedida ao Senado a faculdade de dispensar a observância da lei em casos de grave urgência, requisito o qual, após alguns anos, sequer se fazia necessário (a partir do consulado de Sylla).

---

[291]Cícero, ao contrário, inclui os *senatusconsulta* como uma das fonts do Direito civil, ao lado das *leges*, da *res judicatae*, da *jusperitorum auctoritas*, do *mos* e da *aequitas*. *Cf.* CICERUS, Marcus Tullius. *Topica*. *Op. cit.* 5, 28. Theóphilo, jurista romano, diz-nos que a *lex Hortensia* atribuiu força de lei aos *senatusconsulta*, mas essa opinião é tida como inexata.

[292]Dig. 40, 13, 3; 40, 12, 23.

[293]Dig. 7, 5.

[294] CICERUS, Marcus Tullius. *Pro Murena*. *Op. cit.* 32, 67. Sobre pretensa violação da Lei Calpurnia.

4.5 Os éditos dos Magistrados

Edicimus quod iubemos fieri, diz-nos Terêncio, na voz de Donat, em sua comédia Hecyre. Retorna ao tema, em sua comédia Eneida: *edicere est cum auctoritate aliquid curandum iubere*[295]. Do verbo latino *edicere*, os éditos são, em verdade, ordens direcionadas ao povo romano, exaradas pelos magistrados romanos no exercício de seu *imperium*, seja oralmente (*in contione*), seja sob a forma escrita (*in albo proponere*). Nas palavras de Gaio: *Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani*[296].

Para os propósitos deste trabalho, cabe ressaltar os éditos exarados por dois magistrados especificamente: o pretor e o edil curul, pois são estes os legitimados a exercer a jurisdição, participando, assim, da produção propriamente jurídica[297].

É interessante, outrossim, observar que o Direito Romano dos últimos séculos da República não deve sua evolução às demais fontes do Direito, senão ao trabalho de produção normativa dos magistrados, o chamado *ius honorarim*[298]. Ainda além, não é a lei a responsável por colocar sob a proteção do Direito determinadas situações fáticas, mas, antes, o magistrado. O aspecto procedimental suplanta, pois, a dimensão material do

---

[295] TERENTIUS, Publius Afer. *Hécyre*, 563. *Id.Eneida*, 10, 528. *In*: TERENTIUS, Publius Afer. *Comédies*. Trad. Guillaume Antoine Le Monnier. V. I a III. Reimp. Whitefish: Kessinger Pub Co, 2009.

[296]GAIO, Inst., I, 6. Papiniano assim define o Direito pretoriano: "*Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*" (Dig. 1, 1, 7, 1).

[297]Para uma análise completa do conteúdo dos éditos, especialmente aqueles do pretor e do edil curul, ver a obra de referência obrigatória LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum*: ein versuch zu seiner wiederherstellung. 3 Ed. Amsterdã: Scientia Verlag, 1985. Tradução para o francês em LENEL, Otto. *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*. Trad. Frédéric Peltier. *s. l.*: L. Larose, 1903.

[298]*Cf.* BETTI, Emilio. *Iurisdictio praetoris e potere normativo*. *In*: *Labeo*: rassegna di diritto romano, Università di Napoli, Napoli, Jovene, n. 14, 1968. p. 7 *usque* 23.

Direito, na medida em que é o estender da tutela pretoriana a determinadas situações fáticas que as elevam ao nível de fatos ou atos jurídicos.

O magistrado, com notável proeminência da figura do pretor, não se circunscrevia à aplicação da lei posta, mas encetava profunda atividade criativa. O édito é uma espécie de grande programa de normas, ao qual o magistrado promete vincular-se, fazendo-o publicar no início de sua magistratura. Com efeito, o *edictum perpetuum*, que se publicava no início da magistratura, difere do chamado *edictum repentina*, que corresponde às ordens específicas exaradas pelo magistrado. Neste passo, os éditos, a par de conformarem autêntica fonte do Direito, prestam-se, bem assim, ao papel de reforçar a previsibilidade e a segurança jurídicas. Em princípio, ou ao menos até a edição da *Lex Cornelia* do ano 67 *a.* C., os magistrados detinham alguma margem de liberdade no exercício da jurisdição, na medida em que poderiam decidir contra o disposto em seu édito perpétuo.

A formação de um édito perpétuo, via de regra, arrimava-se no conteúdo normativo do magistrado que deixava a função, de modo que cada édito perpétuo mantinha em seu bojo um *edictum translatium*, que correspondia à tendência natural de preservação do Direito e de suas Instituições, o qual se opõe à *pars nova*, acrescida pelo novo magistrado.

Nenhum édito perpétuo chegou-se pela via direta. Seu conteúdo, pois, é transmitido pelo que se tem acesso da narração de jurisconsultos romanos. Uma listagem abrangente de éditos recolhidos de fontes epigráficas e papirológicas, divida em éditos de Magistrados Tradicionais e Promagistrados, éditos de Pontífices e Quindecênviros, éditos

de Titulares de Poderes Extraordinários e éditos dos Prefeitos do Egito, pode ser consultada na edição crítica da obra de Girard, publicada por um grupo de romanistas da Universitá de Camerino[299]. Os *edicta repentina* do período republicano podem ser consultados nas diversas coleções de fontes alhures citadas, com destaque para os seguintes: a) Decreto de L. Aemilius Paulus, Governador da Espanha Ulterior[300]; b) Édito dos Censores Cn. Domitius Ahenobarbus e L. Licinius Carassus contra os Orados Latinos[301]; c) Édito do Pretor L. Sentius, encontrado no monte Esquilino[302]; d) Édito de Otávio sobre os Privilégios dos Veteranos[303]; e) Carta de Otávio à cidade de Rhosos[304]; f) Disposições dos cônsules Augusto e Agrippa e do procônsul da Ásia a respeito das oferendas aos deuses[305]; g) Édito do Prefeito do Egito Tiberius Julius Alexander, que aborda uma série de problemas de ordem administrativa e financeira, em um momento crucial da história do Alto Império[306].

Do ponto de vista de seu conteúdo, os éditos, em geral, eram formados por expressões de conteúdo genérico (*cogam*, *uti quaque res erit*, *animadvertam*), ou mesmo com reserva de cognição específica (*causa cognita*, *si mihi iusta causa esse videbitur*). Note-se, assim, que os éditos, por sua própria natureza, eram dotados de maior maleabilidade e resiliência, permitindo, em oposição à rigidez e solenidade dos acordos votados nas assembleias do

---

[299] GIRARD, P. F.; SENN, F; BRAUN. P. *et all* (org.). *Textes de Droit Romain*. 7. ed. Napoli: Jovene, 1977. p. 335 *usque* 342.

[300] CIL, II, p. 699, n. 5041, I, 2[2], p. 501, n. 614. FIRA, I, p. 305, n. 51.

[301] BRUNS, p. 239, n. 67. FIRA, I, p. 305, n. 52.

[302]CIL, VI, Suppl., p. 3139, ns. 31614, 31615. GIRARD, n. 3. FIRA, I, p. 306, n. 53.

[303]CIL, XVI, App., p. 145, n. 10. GIRARD, p. 172. FIRA, I, p. 315, n. 56.

[304] CIL, XVI, p. 165, n. 11. FIRA, I, p. 308, n. 55. Atualemente conservada no Museu de Antióquia.

[305] GIRARD, n. 6.

[306] GIRARD, n. 7. FIRA, I, p. 318, n. 58. BRUNS, I, n. 72 (incompleto).

povo, a evolução do Direito civil romano. Nesse passo, pretores e edis curuis vão ditando o Direito, fazendo-o se adaptar à evolução da sociedade romana.

Na perspectiva de seu conteúdo, os éditos corporificavam a emanação concreta da tutela jurídica, quer sob a ótica processual (*v. g.*, concessão do direito de ação – *iudicium dabo-* concessão de uma *exceptio*), quer sob a ótica material (*v. g.*, ordem para a prática de solenidades *ad substantiam* de negócios – *stipulationes pretoriae*; ordem de imissão na posse – *missio in possessionem* – a declaração de nulidade de negócios jurídicos, com efeitos retroativos – *restitutio in integrum* – ou, ainda, ordens de cunho condicional, com marcado conteúdo de tutela de urgência -*interdicta*).

O *ius honorarium* contribui, pois, para arejar o Direito civil romano, fazendo nele infiltrar conteúdo novo, dando ensejo ao desenvolvimento da própria *aequitas*, compreendida como ideia de justiça.

4.6 A Ciência do Direito - Iurisprudentia

O estudo e conhecimento reflexivo, que tem o Direito enquanto objeto, esteve, em Roma, circunscrito ao Colégio de Pontífices, responsáveis por guardar e conhecer o calendário, as fórmulas e as cerimônias. O conhecimento do calendário estava atrelado ao próprio exercício da jurisdição, na medida em que determinados negócios somente poderiam ser praticados nos dias permitidos, ocorrendo o mesmo em relação ao exercício da ação e a apresentação de pleitos aos magistrados exercentes de jurisdição.

A importância do Colégio de Pontífices deve ser tomada do rigor formal do Direito Romano quiritário e clássico, nos quais apenas os conhecedores em detalhes da ritualística da justiça estariam habilitados à fruição do Direito. O desenvolvimento da jurisprudência romana sofreria, porém, uma ruptura fundamental e constitutiva nos últimos anos da República. O episódio da divulgação dos calendários por Cnaeus Flavius, supranarrado, bem como o influxo do ideário helênico marcariam de forma indelével os próximos passos da Ciência do Direito. A recepção do estoicismo em Roma[307] traslada em definitivo a dialeticidade do pensamento grego para o seio do mundo romano, fornecendo o necessário alicerce para o ulterior desenvolvimento da jurisprudência.Fritz Shculz chega mesmo a definir este como o "período helenístico da jurisprudência romana", acrescentando, ainda, que a retórica grega não foi capaz de produzir uma Ciência do Direito, que apenas viria a florescer em Roma[308].

---

[307] *Cf.* MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Estoicismo Imperial como momento da idéia de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. *passim*

[308] SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1953. p. 55.

O período áureo da jurisprudência Romana compreende-se entre o século VII de Roma e o século III *d.* C. Em que pese a influência do estoicismo, enquanto matriz do pensamento, não se pode encontrar no mundo helênico uma produção jurídica em sentido estrito. Cícero chega a afirmar que a jurisprudência grega é apenas o produto de alguns espíritos independentes[309]. O raciocínio lógico e *logos* demonstrativo grego, ao penetrarem em Roma pela *Stoá*, imantam o pensamento romano, o qual, sem embargo, foi capaz de traçar as linhas próprias de uma ciência efetivamente jurídica, viva e, no sentido hegeliano da palavra, revolucionária.

Após o episódio da divulgação das fórmulas por Cnaeus Flavius, ainda um outro golpe abater-se-ia sobre o monopólio do saber jurídico pelo patriciado integrante do Colégio de Pontífices, quando, em 300 *a.* C., a *Lex Ogulnia* franqueia aos plebeus o acesso ao Colégio. Tiberius Coruncanius, primeiro pontífice máximo plebeu, pronuncia em público as fórmulas, abrindo caminho para uma jurisprudência laica e livre.

Como bem relata Cícero[310], o trabalho dos jurisconsultos esteve, até determinado período, circunscrito aos limites do *jus civile*, uma vez que o Direito público romano permanece como predomínio das magistraturas mais elevadas. Importa, ainda, observar que a atividade dos escribas e gramáticos, cujos tabalhos dos séculos VI e VII de Roma nos chegam ao conhecimento, não pode ser confundida com a jurisprudência

---

[309] CICERUS, Marcus Tullius. *De oratore*. *Op. cit.* 1, 44, 197.

[310] CICERUS, Marcus Tullius. *De oratore*. *Op. cit.* 1, 48, 212.

romana, uma vez que se cuida de atividade reservada a homens de Estado, historiadores e arqueólogos[311].

Não apenas naquilo que concerne ao método, mas também no que tange à linguagem, a jurisprudência romana inaugura um novo tempo. Conquanto os termos jurídicos mais antigos – *arrha* e *hypotheca* – tenham raízes gregas, a jurisprudência romana guarda estrita observância do idioma nacional, primando pelo latim clássico e purista, de estilo elegante e leve, como bem calha à natureza prática dos *responsa*[312]. A dedicação à Ciência do Direito, em Roma, converteu-se, ao longo do século VII de Roma, em uma atividade nobre e mesmo quase hereditária nas famílias dos *Claudii*, *Aelii* e dos *Mucii*. Em que pese a caricatura dos jurisconsultos feita por Cícero em seu discurso *Pro Murena*[313], é o mesmo senador, quem nos informa do grande prestígio de que usufruíram os jurisconsultos[314], sendo seus conselhos solicitados face a todas as circunstâncias de maior gravidade[315].

O jurisconsulto romano desempenha três atividades básicas, quais sejam: *cavere*, *agere* e *respondere*[316]. A primeira consiste no aconselhamento aos cidadãos, naquilo que pertine à celebração precisa dos negócios jurídicos e sua redação, segundo as vetustas fórmulas do Direito Romano; a segunda, consiste na direção técnica do pleito, da causa posta sob jurisdição do magistrado, isto é, uma espécie de procurador e conselheiro que

---

311 São exemplos os trabalhos de Cassius Hemina, autor de *De censibus*; C. Sempronius Tuditanus, com seu *libri magistratum*; Junius Gracchanus, que trata da *potestatibus*; Varro, no século VII de Roma e L. Cincius.

312 Neste ponto, Krüeger observa que Tubero diferencia-se dos demais jurisconsultos, pois se afasta da trivialidade da linguagem, adotando um estilo mais arcaico próximo ao de Varro e Sallusto. *Cf.* Dig. 1, 2, 2, 46. KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources* (...). *Op. cit.* p. 64.

313 CICERUS, Marcus Tullius. *Pro Murena*. *Op. cit.*9 *et seq.*

314 CICERUS, Marcus Tullius. *De oratore*. *Op. cit.* 3, 33, 133-135.

315 CICERUS, Marcus Tullius. *De Officis*. *Op. cit.* 2, 19, 65.

316 CICERUS, Marcus Tullius. *De oratore*. *Op. cit.* 1, 38, 173.

atua em juízo – atividade reputada secundária[317]; a terceira, na resposta (*responsa*) a consultas feitas em abstrato acerca de questões de Direito.

É importante notar que a atuação dos jurisconsultos encontra, em Roma, um viés explicitamente cautelar e preventivo, com orientação eminentemente aplicativa. A emissão dos *responsa* não se dirige apenas e tão somente ao cidadão romano, mas também ao Estado romano, quando tem como destinatário o magistrado. A laicização da jurisprudência romana também foi responsável por permitir a ampliação dos limites da *interpretatio*, que se despega do precedente, dando azo à criatividade que marcaria de modo indefectível a Ciência Jurídica ocidental. Cícero diz-nos que à medida que o número de jurisconsultos expandia-se, também aumentava o número de controvérsias de Direito (*iuscontroversum*)[318].

A par do antes exposto, o quadro produtivo da jurisprudência romana integrava-se ainda pela produção doutrinária (*scribere*)[319], conquanto incipiente durante a república, pela atividade de ensino elementar (*instituere*), que abordava o conteúdo das *Institutas*, em uma terminologia do período posterior, e ensino em nível mais elevado, que incluía o adestramento em matéria de retórica (*instruere*).

---

[317]Cícero sequer menciona esta função em outras passagens, nas quais fala dos jurisconsultos: *De Officis*, 2, 19, 65; *De Legibus*, 1, 4, 14; 5, 17; *Pro Murena*, 9, 19. A distinção entre a oratória, atividade mais próxima da defesa em juízo, e a jurisprudência é, de modo lapidar, sintetizada na frase de Aquilius Gallus, prolatada em resposta àquele que lhe demandava pronunciar-se sobre uma questão de fato: "*nihil hoc ad ius*: *ad Ciceronem*". *Topica*, 12, 51. Sobre a pretensa distinção entre Direito e Retórica *Cf.* TELLEGEN-COUPERUS, Olga; TELLEGEN, Jean Willen. *Nihil Hoc ad Ius, ad Ciceronem*. *In: Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*. Université de Liège. 3è Série, Tome LIII, p. 381 *usque* 480.

[318] CICERUS, Marcus Tullius. *De oratore*. *Op. cit.* 1, 45, 199, 200.

[319] CICERUS, Marcus Tullius. *Pro Murena*. *Op. cit.* 9, 19. Há certa polêmica no entorno do conteúdo dessa função. Para parte dos romanistas, o *scribere* não passa de uma subdivisão de *cavere*, pois seria nada além da formulação por escrito dos negócios jurídicos. Difere, certamente, dos *responsa*, que eram prolatados, via de regra, oralmente. Dig. 1, 2, 2, 49.

É Sextus Aelius Petus Catus (cônsul no ano 198 *a.* C. e censor no ano 194 *a.* C.) quem, com sua obra *Tripertita*[320], inaugura a literatura jurídica romana, encartando-se em um contexto de produção literária que se seguiria à segunda guerra púnica. Na linhagem dos Catos, podemos, ainda, citar as figuras de M. Porcius Cato, fidagal inimigo de Cartago, e seu filho Porcius Cato Licinius. Seguindo, ainda, a linha dos mais pronunciados jurisconsultos da República, cite-se o destacado papel desempenhado por Manius Manilius, autor da obra *Monumenta*; Marcus Junius Brutus, que escreve, utilizando-se de diálogos à moda grega, três volumes intitulados *De iure Civili* e Publius Mucius Scaevola, cônsul e pontífice máximo.

O esforço de abstração e sintetização de uma ciência jurídica, que não se limita à recolha de casos e formulários, tem seu primeiro sinal com Quintus Mucius Scaevola (cônsul no ano 95 *a.* C., governador da Ásia e Pontífice Máximo), que escreve um *liber singularis*, em alguma medida incorporado às *Pandectas* de Justiniano, e uma obra em doze livros – *ius civile* (que será citada nos anos subsequentes, a título de comentários *ad libri Q. Mucium*). Cite-se, ainda, a obra do grande e fecundo jurisconsulto Servius Sulpicius Rufus, em honra de quem Cícero mandou erigir uma estátua no foro romano, e o papel dos juristas P. Alfenus Varus, Aulus Cascellius, G. Terbatius Testa e Q. Aelius Tubero.

É a partir da república que o método dialético passa a ser parte da jurisprudência, que toma consciência de sua finalidade ética imanente, que orientará, desde então, todo o pensamento jurídico ocidental[321].

---

[320] Deve seu nome a seu conteúdo: XII Tábuas, *Legis Actiones* e *Interpretatio*.

[321] FREZZA, Paolo. *Corso di storia del diritto romano.* Roma: Studium, 1974. *passim*.

5. O Império

5.1 A Constituição Política do Império

No segundo dia do mês de setembro do ano de 31 *a.* C. uma batalha que ocorreu no mar Jônico, na Grécia, mudaria a história do Ocidente: ali, no golfo de Préveza, duas frotas enfrentavam-se – de um lado, a comandada por Marco Antônio, assistida pela frota de Cleópatra (que logo se retira do combate); de outro, aquela comandada por Otaviano, filho adotivo de César, nascido sob o consulado de Cícero.

A batalha, embora assumisse feições efetivas de guerra civil, foi apresentada por Augusto, perante o Senado, como uma verdadeira *bellum iustum*, porquanto preordenada a combater uma rainha estrangeira e inimiga. Para *Caius Iulius Caesar Octavinanus,* a vitória no *Actium* representa o triunfo sobre Marco Antônio e a definitiva consolidação de seu poder omnímodo sobre Roma. A exploração dos dividendos da vitória foi imensa, com a celebração de triunfos, odes cantadas pelos mais prestigiados poetas romanos[322], o soerguimento de monumentos comemorativos e a fundação de uma cidade – Nicópolis – sobre o cenário do enfrentamento, onde se distribuíram terrenos aos veteranos da guerra.

O jovem César, que havia vencido a guerra como *Dux*, segue sendo chamado por este epíteto, conquanto o apelativo, gradativamente, viesse caindo em desuso. Augusto, entretanto, quisera que seu poderio militar fosse reconhecido como

[322]"*Hinc Augustus agens Italos in proelia Caesar / cum patribus populoque, penatibus et magnis dis*" canta Virgílio, em sua Eneida. VIRGILIUS. *Aeneis*. 8, 678.

magistratura, revestindo seu poder de um caráter essencialmente político. Os estadistas mais destacados da República chegaram a ser chamados *Princeps*, em alusão à autoridade de seu poder. De outro lanço, o termo tinha conexão estrita com a corruptela do poder, na medida em que estava conectado à ideia de *potentia*[323], isto é, de um governo ilegítimo e voltado para o benefício pessoal, sendo, pois, que *principatus* fora tomado como sinônimo de *dominatus*[324]. Augusto chega a empregar o termo *princeps*, como atestam os poetas[325], mas segue sendo *dux bone* ou *dux ductor*, de modo a destacar seu poderio militar.

A 27 *a.* C., em uma sessão do Senado, Otaviano é aclamado *Augustus*, passando, então, a se intitular *Imperator Caesar Divi Filius Augustus*. Inaugura-se, pois, um novo tempo na História Romana, que se convencionou chamar Principado. É importante ter em mente que a caracterização da natureza histórico-política e jurídica do Principado seja, quiçá, um dos mais discutidos temas em história romana, com posições que variam entre dois extremos: aqueles que enxergam no Principado a restauração da pureza Republicana, corrompida nos últimos anos sob os triunviratos, e os que vêem no Principado um retorno às raízes monárquicas[326]. De toda sorte, é preciso atentar para o fato de que boa parte da literatura romana, quando alude a Augusto, o faz de um modo panegírico, engenhoso, edificante e, mesmo, mítico. O Principado sob Augusto articula-se, em verdade, no entorno de uma Oligarquia, que descende do partido cesarista e culmina no próprio partido de Augusto, com a afirmação de sua *auctoritas* sobre o povo romano. Um governo oligarca, mas que diferia da República cesarista sob um aspecto:

---

[323] CICERUS, Marcus Tullius. *De Republica*. *Op. cit.* 1, 68.

[324] CICERUS, Marcus Tullius. *Phillipicas*. *Op. cit.* 11, 36.

[325]"*maxime principium*"canta Horácio, em suas Odes. HORACIO. *Odes.* 4, 14, 6.

[326] DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione* (...). V. IV. p. 234 *et seq*. Ainda, MIQUEL, Juan. *El problema de la sucesión de Augusto*. Madrid: Taurus, 1969. *passim*.

embora heterogêneo, estava unido mais que por um programa e uma causa, mas, antes, por uma pessoa: o *imperator*[327].

O Principado, enquanto tomado como restauração da República, deve ser compreendido na dinâmica de encausamento das instituições republicanas, por expedientes travestidos de delegações, e da afirmação da autoridade unipessoal do *princeps* primevo e de seus sucessores.

Calha, outrossim, observar que não convém ao gênio romano as revoluções bruscas, as rupturas e guinadas, mas, antes, o amadurecimento, a maturação e a depuração. É assim que as instituições republicanas não são explícita e imediatamente ab-rogadas. Deixa-se ao tempo e à história a tarefa de depurar a política, superpondo-se órgãos novos aos já obsoletos e abandonando processos à inanição temporal.

[327] SYME, Ronald. *La revolución romana*. Trad. Antonio Blanco Freijeiro. Barcelona: Crítica, 2010. p. 425 *et seq*.

5.2 O Princeps

O *princeps* é o novo órgão de governo que se impõe no império. Seu desenvolvimento pode ser avaliado a partir dos relatos do próprio Augusto, compilados em sua autobiografia *Res Gestae Divi Augusti*, redigida para compor seu monumento funerário, cuja cópia se encontra em Ancara, no *monumentum Ancyrarum* – havendo também fragmentos em Antióquia, no chamado *Monumentum Antiocheum*. Com efeito, até o ano de 27 *a.* C. a autoridade de Otaviano impõe-se como poderio de fato, na medida em que o *Dux* exerce seu mando militar. A partir de então, forjando um simulacro de restauração da República, Otaviano ocupa durante dez anos seguidos o consulado, período durante o qual se lhe outorgam os títulos de *princeps* e *imperator*.

Em 23 *a.* C. o povo e o Senado conferem a Otaviano um conjunto de poderes que tornam essa magistratura absolutamente distinta do consulado, na medida em que se lhe despe dos limites de cunho temporal e material que se ligavam à extinta magistratura republicana. A Otaviano Augusto, o *Imperator*, atribui-se a *tribunicia potestas*, por toda sua vida, e o *imperium proconsulare*, que não mais ficaria adstrito aos limites do *pomerium*.

Desse modo, a História conhece o imperador romano, que concentra em suas mãos os grandes poderes republicanos, sem que seja proconsul ou tribuno, dando forma ao novo soberano máximo. Em decorrência do *imperium proconsulare*, Otaviano assume em definitivo o mando militar de todas as legiões do império, quer se encontrassem dentro quer fora de Roma, ainda que situadas nas províncias submetidas administrativamente ao Senado. De outra parte, a *tribunitia potestas* faz do imperador sacro-santo, atribuindo-lhe,

de modo vitalício, a *intercessio*, o *ius auxilii*, a *coercitio* e o direito a presidir todas as assembleias populares, sem se submeter à *intercessio* de outro magistrado.

5.2.1 A *Lex de Imperio*

A Augusto, em adição aos poderes inerentes à *tribunicia potestas* e ao *imperium*, foram outorgados diversos outros poderes, quer por delegação senatorial, quer por expressa delegação do povo. Ocorre, entretanto, que aos sucessores de Augusto essa soma de poderes passa a ser atribuída em bloco, por intermédio da *lex de imperio*. Conhecemos um fragmento de uma *lex de imperio* – cuida-se, a rigor, de um *senatus consultus* seguido de sua *sanctio* – referente à atribuição de poderes ao imperador Vespasiano, a chamada *Lex de Imperio Vespasiani*[328].

Via de regra, a *lex de imperio* conferia aos *imperatori* os seguintes poderes: a) a faculdade de conceder a cidadania romana, a latinidade ou a ingenuidade, assim como a de distribuir e aplicar os valores do *ager publicus*, de assinar terras provinciais e de fundar colônias; b) de designar candidatos para as magistraturas (*comendatio*); c) de exercer a Jurisdição (*cognitio Caesaris* direta); e d) de assumir quaisquer magistraturas, assim como exercer a função de *pontifex maximus*.

O Imperador passa a dispor de uma grande soma de recursos, que ultrapassam o *aerarium populi romani*, para incluir também o *fiscus*, composto por rendas das províncias imperiais e algumas senatoriais, bem como o *patrimonium Caesaris*, alimentado pelas extensas propriedades imperiais. Os documentos oficiais passam a exibir a inscrição

---

[328] GIRARD, n. 19. FIRA, I, n. 15. CIL, VI, n. 930. CRAWFORD, M. H. *et al. Roman Statutes*. V. I. Londres: Institute of Classical Studies – University of London, 1996. p. 549 *usque* 553. n. 39.

"*imperator*", seguida dos *praenomina* "*Caesar Augustus*" e, omitindo-se o nome gentilício, dos *cognomen* (*v. g.* Traianus, Octavianus), dos *cognimina* honoríficos (*v.g.*, *Pius*, *Felix*, *Germanicus*, *Parthicus*) e, ao final, da menção aos poderes exercidos pelo imperador e aos anos que leva em seu exercício (*v.g.*, *Pont.*, *Max.*, *Trin. Pot.*, *Imp.*, *Cons.*)[329].

---

[329]Sobre a *lex de imperio*, *Cf.* HELLEMS, Fred B. R. *Lex de Imperio*: a consideration of some constitutional aspects of the Principate of Rome. Chicago: Scott Foresman and Company, 1902. ORESTANO, Ricardo. *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*: contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico. Torino: Giappichelli, 1962. p. 21 *et seq*. TIBILETTI, G. *Principe e Magistrati Repubblicani*: ricerca de storia Augustea e Tiberiana. Roma: A. Signorelli, 1953. p. 56 *et seq* /203 *et seq*. PARSI, Blanche. *Désignation et investiture de l'empereur romain*:Ier et IIe siècles après J.-C. Paris: Université de Paris, 1963. (Thèse de Droit). p. 80/120 *et seq* / 129 / 154 e 161 *et seq*. DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione* (...). V. IV, 1. p. 462 *usque* 467 e 501/502.

5.3 As fontes do Direito durante o Principado

A evolução das fontes do Direito romano segue, como antes explicitado, o padrão de desenvolvimento das instituições políticas romanas. Nesse passo, durante os primeiros anos do principado, em que Augusto esforçava-se por travestir a crescente concentração de poderes com aparências de restauração republicana, as fontes do Direito típicas deste período também florescem. A sobrevivência de resquícios da República, agora orientados para reforçar a autoridade do Príncipe, encontrava laços e arrimos na exaltação das leis comiciais.

À medida que os imperadores vão abandonando o simulacro de uma República, bem como olvidando o respeito às suas tradições, formas e procedimentos, as duas principais fontes do Direito do período republicano – as leis comiciais e os éditos dos magistrados – são obliterados pelo robustecimento dos *senatusconsulta* como fonte do direito civil. O ganho de importância dos *senatusconsulta* responde à ideia de uma diarquía, que representa uma espécie de coparticipação na gestão da coisa romana a ser empreendida pelo Senado e pelo Príncipe.

O impulso à atividade legislativa do Senado foi dado pelo próprio imperador como uma espécie de ponte dourada entre os resquícios republicanos que se iam suplantando e a autocracia oligárquica que se impunha[330]. Ao passo que as instituições republicanas esmaecem, os decretos imperiais assumem o protagonismo no plexo das fontes. De outra sorte, é importante observar que a *iurisprudentia* atinge seu apogeu nos três primeiros séculos do Império, dando ensejo àquilo que se convencionou chamar

[330] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano e Historia* (...). p. 101/102.

período clássico da Jurisprudência romana. Isso posto, importa observar que os três primeiros séculos do Principado são aqueles em que a pluralidade das fontes do Direito manifesta-se com maior pujança, porquanto estão a conviver as fontes do período republicano – costume, leis comiciais, éditos dos Magistrados – com aquelas outras que ganham corpo durante o Império: *senatusconsulta*, as constituições imperiais e os ditames dos jurisconsultos.

5.3.1 As Leis Comiciais e as *Leges Datae*

As leis comiciais são a primeira fonte do Direito particularmente ligada à República que sofrerá a erosão provocada pela concentração de poderes típica do Império. Sem embargo, durante o Principado de Augusto, as leis comiciais multiplicaram-se, a uma, em função da intenção de criar um ambiente que suportasse o discurso de restauração republicana e, a duas, como decorrência da determinação de Otaviano de depurar os costumes, a família e a cidadania romanas.

Nesse passo, durante o principado de Otaviano vicejaram leis comiciais, que calhavam mais à estratégia de Augusto que à simples imposição da vontade imperial pela via das constituições. Essas leis comiciais tratavam de direito civil, em especial de direito de família, de matéria atinente à atribuição da cidadania romana, buscando evitar e frear a degradação dos costumes.

Em matéria de direito de família, a legislação dos tempos de Augusto compreendia um conjunto de três leis, que não nos chegaram senão pelos comentários

dos jurisconsultos clássicos – a *lex Julia de adulteris*[331], a *lex Julia de maritandis ordinibus*[332] e a *lex Papia Poppaea*[333]. Em linhas gerais, dir-se-á que objetivavam castigar o adultério, fomentar o casamento de pessoas das mesmas castas sociais e a natalidade legítima, bem como conceder uma série de vantagens econômicas aos progenitores, em detrimento da aquisição de bens *mortis causa* pelo viúvo (ou viúva) sem filhos e pelos solteiros[334].

Preocupado em reestabelecer a integridade da cidadania romana, Otaviano faz também aprovar duas leis sobre manumissões – procedimento de outorga de liberdade ao escravo, de modo a limitar as circunstâncias em que, por essa via, o antigo cativo viesse a adquirir a cidadania romana. Cuida-se da *lex Fufia Caninia*[335], que limita quantitativa e qualitativamente a concessão pela via testamentária da manumissão, por meio da restrição do número de escravos aos quais a graça poderia ser concedida pela via testamentária, bem como que impõe a *manumissionominatim*. De outro lanço, os comícios, sob a regência de Otaviano, aprovam a *lex Aelia Sentia*[336] que limita a manumissão inter-vivos e proíbe a concessão da cidadania romana aos escravos condenados, no curso da escravatura, por certas infrações.

Ainda nos tempos de Augusto, outras leis comiciais fizeram-se aprovar, cabendo-se fazer menção às *leges Juliae judiciorum publicorum et privatorum*[337], que

---

[331]Dig., XLVIII, 5. FIRA, p. 112, n. 21. CRAWFORD, n. 60.

[332] Dig., XXIII, 2. FIRA, p. 115-116, n. 23. CRAWFORD, n. 64.

[333] GAIO. *Inst.,* III.

[334] São as chamadas *leges caducarias*, derivando sua designação do nome dado a esse conjunto de bens vacantes por acessão legal (*bona caduca*).

[335] Inst. 1, 7.

[336] Inst. 1, 5.

[337] CRAWFORD, n. 61. *Cf.* Dig., 5, 1, 2, 1.

consolidaram o procedimento formulário, iniciado pela *lex Aebutia*, dos tempos da República.

A atividade legislativa dos comícios começa a minguar à medida que evolui o Principado. Contam-se ainda algumas leis comiciais do tempo de Tibério, poucas nos principados de Cláudio e Nero e uma *lex agraria* do tempo de Nerva, última evidência que se tem dessas fontes[338].

Das chamadas *leges rogatae*, durante o tempo do Império, a papirologia e a arqueologia não nos trazem nenhuma pista, mas aportam alguns exemplos das chamadas *leges datae*, tais como as já precitadas *lex Malacitana* e *lex Salpensana*, que datam dos tempos de Domiciano.

5.3.2 Os *senatusconsulta*

Se no período Republicano o Senado apenas exercia influência indireta sobre a legislação, no exercício de sua *auctoritas*, durante o Principado, gradativamente, os acordos senatoriais passam a gozar de força vinculante equiparada àquela das leis comiciais. É certo, porém, que esse ganho de força e importância dos *senatusconsulta* sofreu alguma oposição doutrinária, que pode ser deduzida das palavras de Gaio, quem, após definir o que sejam os *senatusconsulta*, assim aduz: "*idque legis vicem optinet*, *quamvis fuerit quaesitum*"[339]. A partir do século II *d.* C., o Senado abandona esse sistema de influência indireta, para passar a ditar normas com força de lei, fazendo uso de seu *ius edicendi*, mediante convocação de qualquer magistrado que detivesse competência para fazê-lo.

---

[338] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano* (...). *Op. cit.* p. 103.

[339] GAIO. *Inst.*, 1, 4. A sentença completa é a seguinte: "*Senatusconsultus est quod senatus jubet atque constituit*: *idque legis vicem optinet*, *quamvis fuerit quaesitum*" (Senadoconsulto é o que o Senado manda e estabelece; o qual tem força de lei, ainda que isso tenha sido discutido).

Com efeito, as magistraturas passam, cada vez mais, a apresentar um vínculo de dependência em relação ao *princeps*, de modo que as decisões do Senado vão, gradativamente, sendo manipuladas e por ele controladas. Os imperadores, inclusive, passam a fazer, pessoalmente, discursos perante o Senado, as chamadas *orationes in senatu*, sempre aceitas pela casa senatorial. A decisão de aprovação torna-se, nesse passo, estritamente formal, conduzindo a que jurisconsultos clássicos desprezem mesmo o conteúdo da prolação formal do Senado, para citarem apenas a *oratio* – espécie de exposição de motivos do *princeps*.

O processo de votação dos *senatusconsulta* diferia daquele que se aplicava à discussão e votação das leis comiciais, uma vez que se dispensava a *promulgatio*, podendo, outrossim, ser o texto emendado e alterado na pendência da discussão. Os senadores falavam cada um a seu turno, segundo seu grau e, após publicado, o texto era depositado no *aerarium Saturni*.

Quanto à forma, os *senatusconsulta* dividiam-se em três partes: a) a *praescriptio*, que indica o magistrado proponente, data e local de aprovação; b) o texto em si considerado, dividido em *capita;* e c) a *sanctio*, que indicava, além do conteúdo que lhe é próprio, o número de senadores presentes à sessão.

Os *senatusconsultus* versavam, em especial, sobre matérias de direito civil, podendo-se destacar os seguintes: a) *S. C. Vellaeanum,* sobre fianças prestadas por mulheres[340]; b) *S. C. Macedoniam*, sobre empréstimos aos filhos[341]; c) *S. C. Claudianum,*

---

[340]Dig., 26, 1. BRUNS, p. 194, n. 50.

[341]Dig., 14, 6. BRUNS, p. 203, n. 57.

sobre impedimentos matrimoniais[342]; d) *S. C. Plancianum,* sobre as mulheres que divorciam estando grávidas[343]; e) *S. C. Neronianum,* sobre as formalidades dos legados[344]; f) *S. C. Trebellianum*[345]e *S. C. Pegasianum*[346]*,* sobre efeitos dos fideicomissos; g) *S. C. Tertullianum*[347], sobre o direito das mães a sucederem seus filhos e o *S. C. Orfitianum,* sobre o direito destes de sucederem àquelas; h) *S. C. Iuventianum,* sobre a ação de petição de herança[348].

Em matérias distintas e alheias ao direito civil, cabe fazer menção aos seguintes *senatusconsulta*: a) *S. C. de Bacchanalibus,* sobre a conjuração dos "*Bacchanales*"[349]; b) *S. C. de Thisbensibus,* sobre a formação de uma comissão de cinco senadores para examinar as queixas dos moradores da cidade de Thisbé[350]; c) *S. C. de Tiburtibus,* sobre a anistia concedida aos habitantes de Tibur[351]; d) *S. C. de Narthaciensibus et Melitaeensibus,* sobre acordos de aliança e amizade celebrados entre Roma e outras cidades[352]; e) *S. C. de Asclepiade Sociisque,* sobre o antigo instituto da *amicitia* (*amicus populi Romani*)[353]; f) *S. C.*

---

[342] Cod. 7, 24. Inst. 3, 12. GAIO, *Inst.*, 1, 84-86, 91, 160. PAULI, IULII. *Sententiae*. 2, 21ª e 4, 10. *In*: GIRARD, P. F.; SENN, F; BRAUN. P. *et all* (org.). *Textes de Droit Romain*. 7 ed. T. I. Paris: Dalloz, 1967. p. 274 *et seq*. TACITUS. *Annales*, 12, 53.

[343]Dig., 35, 2.

[344] GAIO, *Inst.*, 1, 197-198, 212-222. *Tituli ex Corpori Ulpiani*, 24, 11ª. *In*: GIRARD, P. F.; SENN, F; BRAUN. P. *et all* (org.). *Op. cit.* p. 414 *et seq*. *Fragmenta Vaticana*, 85. *In*: *Id.* p. 472 *et seq.*

[345]Dig., 5, 6; 36, 1. *Inst.*, 2, 23. GAIO. *Inst.*, 2, 253-259. PAULI, IULII. *Sent.*, 4, 2, 1.

[346] Inst., 2, 23, 5-7. GAIO. *Inst.*, 1, 31 e 2, 254-259/286ª. *Tituli ex Corpori Ulpiani*, 3, 4. PAULI, IULII. *Sent.*, 4, 3, 1-4.

[347]Dig., 38, 17, 2-47 e 3-10. Inst., 3, 3, 1-7. *Tituli ex Corpori Ulpiani*, 26, 8. PAULI, IULII. *Sent.*, 4, 9, 1-10.

[348]Dig., 5, 3, 20, 6. BRUNS, p. 204-205, n. 60.

[349] CIL, I, p. 43, n. 196, I, 2², p. 437, n. 581, X, p. 13, n. 104. ILS, n. 18. BRUNS, p. 164, n. 36. GIRARD, p. 129-130. FIRA, I, p. 240, n. 30.

[350] BRUNS, p. 166, n. 37. FIRA, I, p. 242, n. 31.

[351] CIL, I, p. 107, n. 201, I, 2², p. 464, n. 586, XIV, p. 385, n. 3584. ILS, n. 19. BRUNS, p. 170, n. 39. FIRA, I, p. 247, n. 33.

[352]Inscrição em grego descoberta em 1881 no local presumido da cidade de Narthakion, atual Limogardi, ao nordeste de Lamia, na Tessália, Grécia. GIRARD, n. 4.

[353] Texto encontrado em duas versões, sendo uma em grego e outra em latim. Altualmente conservado no Museu do Capitólio, Roma. Trata-se de importante material de direito internacional romano, isto é, das relações de Roma com outros povos considerados amigos e, por isso, gozadores de privilégios. CIL, I, p. 110, n. 203, I, 2², p. 468, n. 588. BRUNS, p. 176, n. 41. FIRA, I, p. 255, n. 35.

sobre o *Pagus Montanus*[354]; g) *S. C.* sobre as terras do Santuário de *Amphiara* perto de Oropos[355]; h) *S. C. et Auctoritates* de 29 de Setembro de 51 *a.* C., que se encarta no contexto das disputas entre César e Pompeu, tratando da distribuição das províncias proconsulares, da situação dos veteranos do exército de César, do uso da *intercessio* e da *proibitio* dos magistrados[356]; i) *S. C. de Aphrodisiensibus*, que contém uma carta de Marco Antônio aos habitantes de Aphrodisias (*civitas libera* do templo de Afrodite), informando dos privilégios concedidos aos cidadãos daquela cidade[357]; j) *S. C.* relativo aos aquedutos[358]; k) *Oratio* de Cláudio sobre a idade dos membros do tribunal dos *reciperatores* e sobre a *expeditio* dos procedimentos civis e criminais[359]; l) *Oratio* de Cláudio sobre a atribuição aos Gauleses do *ius honorum*[360]; m) *S. C. de aedificis non diruendis*, que discorre sobre a compra de casas em ruínas[361]; n) *S. C. de Nundinis Saltus Beguensis*, sobre autorizações, dadas pelo Senado, a pessoas privadas para abrirem mercados em determinado território[362]; e o) *S. C.* sobre as taxas incidentes sobre os jogos de gladiadores[363].

[354]CIL, VI, p. 848, n. 3823 = 31577, I, 2^2, p. 447, n. 591. ILS, II, 1, n. 6082. BRUNS, p. 189, n. 44. GIRARD, n. 6. FIRA, I, p. 272, n. 39.

[355] BRUNS, p. 180, n. 42. FIRA, I, p. 260, n. 36. GIRARD, n. 7.

[356] Apenas a primeira das quatro disposições tem força de *senatusconsulto*, sendo as demais dotadas apenas da força decorrente da *auctoritas* do Senado. BRUNS, p. 190, n. 45. FIRA, I, p. 266, n. 37.

[357] Texto do final da República. BRUNS, p. 185, n. 43. FIRA, I, p. 269, n. 38.

[358] BRUNS, p. 193, n. 47. GIRARD, n. 10. FIRA, I, p. 276, n. 41.

[359] BRUNS, p. 198, N. 53. GIRARD, n. 11. FIRA, I, p. 285, n. 44.

[360] CIL, XIII, p. 232, n. 1668. ILS, n. 212. BRUNS, p. 195, n. 52. FIRA, I, p. 281, n. 43.

[361] CIL, X, p. 158, n. 1401. ILS, II, n. 6043. BRUNS, p. 200, n. 54. FIRA, I, p. 288, n. 45. GIRARD, n. 13.

[362] CIL, VIII, p. 270, n. 11451, Suppl. I, p. 1193, n. 11451; Suppl. IV, p. 2358, n. 23246. BRUNS, p. 205, n. 61. FIRA, I, p. 291, n. 47.

[363] CIL, Suppl. II, p. 1032, n. 6278. ILS, II, 1, n. 5163. BRUNS, p. 207, n. 63. FIRA, I, p. 294, n. 49.

5.3.3 As Constituições Imperiais

A denominação constituições imperiais é bastante ampla, incluindo todas as ordens, em sentido amplo, exaradas pelo *princeps*, que tenham como destinatários os cidadãos ou funcionários do Estado romano. Com efeito, a acentuação e sobrelevo dos poderes do príncipe levam à preponderância das constituições imperiais sobre o conjunto das fontes do Direito, de modo que chegam a suplantar todas as demais. Decerto, ensina o brocardo talhado na época imperial: *quod principi placuit legis habet vigorem*. As constituições imperiais subdividem-se em quatro grandes grupos: os éditos, os decretos, as epístolas e os mandatos.

Os mandatos eram ordens concretas emitidas pelo imperador a autoridades ou funcionários subordinados a ele, muitas das quais incluídas em compilações.

Os éditos derivam do *ius edicendi* do imperador, uma das faculdades próprias do *imperium*. O príncipe goza de um *proconsulare imperium maius*. Diversos temas de direito privado foram introduzidos no Direito Romano por essa via, como, por exemplo, os éditos de Augusto e Cláudio, que proibiam a responsabilização da esposa por dívidas do cônjuge; o édito de Nerva que estipula o termo de cinco anos para a extinção das ações de estado em detrimento de pessoa falecida; o édito de Marco Aurélio sobre o *privilegium exigendi*. Sob o aspecto formal, os éditos incluem no cabeçalho o nome do imperador, seguidos da palavra "*dicit*".

Os decretos são as decisões do imperador exaradas em função de sua competência jurisdicional extraordinária, incluindo-se, nessa classificação, as chamadas *interlocuciones*, decisões tomadas de plano em cognição sumária. Os decretos do imperador

constituem fonte de inovação no âmbito do Direito romano imperial, à semelhança dos éditos pretorianos que vicejaram em tempos republicanos. Ao aplicar o Direito, o *princeps* não se limitava ao complexo normativo existente, mas gozava de liberdade criativa. É, assim, por exemplo, que vem a lume o princípio segundo o qual o credor que se apodere de bem do devedor, por essa via, vê extinto, como pena, seu crédito, princípio esse veiculado no *decretum divi Marci*[364].

Em um primeiro momento do principado, foi concedida aos magistrados a possibilidade de formularem consultas, sobre temas controversos, ao imperador; faculdade essa que também se estendeu às pessoas privadas em tempos mais adiantados do Império. As respostas do imperador dadas à essas consultas são denominadas *epistolae*, quando dadas em documento apartado, e *rescripta*[365], quando consignadas no mesmo documento que veiculara a consulta. As respostas às epístolas eram redigidas por órgãos especiais – a oficina *ab epistulis* (consultas feitas por magistrados ou corporações) e a chancelaria *a libellis* (consultas feitas por pessoas privadas). Dentre os exemplos colhidos das fontes, podemos citar: a) Epístola de Vespasiano aos habitantes de Sabora, que responde a consulta formulada acerca da possibilidade de deslocamento geográfico da cidade para uma região mais plana e da possibilidade de criação de novas taxas[366]; b) Epístola de Domiciano aos Falerienses, que respondia a consulta que versava sobre uma controvérsia entre Falerienses e Firmânios sobre a possessão *subsiciva*[367]; c) *Rescript* de

---

[364]Dig., 4, 2, 13. *Cf.* KASER, Max. *Direito Privado* (...). V. I. *Op. cit.* p. 222.

[365] Também chamados *subscriptiones*, quando consubstanciavam respostas a consultas feitas por pessoas privadas.

[366] CIL, II, p. 195, n. 1423. BRUNS, p. 255, n. 81. ILS, n. 6092. GIRARD, n. 7. FIRA, I, p. 442, n. 74.

[367] Cuida-se de possessão de terras não assinadas a nenhuma colônia. CIL, IX, p. 518, n. 5420. BRUNS, p. 255, n. 82. GIRARD, n. 9. FIRA, I, p. 423, n. 75.

Domiciano sobre os deveres dos professores e médicos[368]; d) Epístola de Adriano sobre os direitos sucessórios dos filhos de soldados[369]; e) *Rescript* de Adriano sobre a nomeação do diretor do liceu de Epicuro em Atenas[370]; f) *Rescript* de Antonino, o piedoso, às habitantes de Smyrne, em resposta à consulta formulada por Sextilius Acutianus, em nome dos habitantes da cidade, sobre a possibilidade de obtenção de cópia de uma constituição que versava sobre os jogos a serem realizados naquela localidade[371]; g) *Tabula Banasitana*, que contém um *dossier* da chancelaria sobre questões concernentes à concessão da cidadania romana[372]; h) *Rescript* de Sétimo Severo e Caracalla sobre a prescrição ordinária e vintenária[373]; i) *Apokrimata*, papiro que contém treze respostas de Sétimo Severo a questões que lhe foram formuladas por romanos e peregrinos, por ocasião de sua visita ao Egito, em 199-200 *d.* C.[374]; j) Epístola de Severo e Caracalla aos habitantes de Tyras[375]; k) *Rescript* de Gordiano aos habitantes de Scaptopara[376]; l) *Rescript* de Gordiano III sobre as declarações de nascimento[377]; m) Tábua de Brigetio, que contém epístola de Licinius e Constantino sobre os privilégios de soldados e veteranos[378]; n) Epístola do Prefeito do Pretório Ablabius e do Imperador Constantino sobre a concessão do *ius*

---

[368] FIRA, I, p. 427, n. 77.

[369] GIRARD, n. 12. FIRA, I, p. 428, n. 78.

[370]CIL, III, Suppl., p. 2077, n. 12283. ILS, n. 7784. GIRARD, n. 13. FIRA, I, p. 430, n. 79.

[371] CIL, III, p. 78, n. 411. ILS, n. 338. BRUNS, p. 257, n. 84. GIRARD, p. 197. FIRA, I, p. 435, n. 82.

[372] GIRARD, n. 16.

[373] GIRARD, n. 18. FIRA, I, p. 437, n. 84-85.

[374] Papiro que pertence à coleção da Universidade de Colúmbia, inventariado sob o número 516, e publicado por WESTERMANN, W. L; SCHILLER, A. *Apokrimata*: decisions of Septimus Severus on legal matters. New York: Columbia University Press, 1954.

[375] CIL, III, p. 147, n. 781. ILS, n. 423. BRUNS, p. 261, n. 89. FIRA, I, p. 442, n. 86.

[376]CIL, III, Suppl., p. 2086, n. 12336. BRUNS, p. 263, n. 90. GIRARD, n. 22. FIRA, I, p. 507, n. 106.

[377] FIRA, I, p. 450, n. 90.

[378] FIRA, I, p. 455, n. 93.

civitatis aos habitantes de Orkistos[379]; o) *Rescript* de Constantino sobre a prescrição *longissimi temporis* (quarenta anos)[380].

A questão de se saber a extensão da força jurídica das constituições imperiais é matéria que levanta polêmica no seio no romanismo moderno. Via de regra, seis são os critérios que se utilizam para definir a força vinculante dessas fontes, a saber: a) a distinção entre os primórdios do principado e seus tempos mais adiantados; b) a autoridade de fato de cada espécie de constituição imperial; c) as classes de constituição imperial; d) a diferença entre as meramente interpretativas e aquelas outras criadoras de normas; e) a distinção entre Direito Civil e Direito Honorário; e f) a distinção entre Roma, Itália, províncias imperiais e senatoriais. A depender de cada um desses critérios, varia-se o teor de vinculatividade de cada constituição.

Em princípio, os decretos tinham força apenas entre as partes, ao passo que os mandatos obrigavam as autoridades e servidores a que se dirigiam. De outro lanço, as epístulas e os *rescripta* obrigavam o juiz, ao qual futuros casos concretos fossem submetidos e que se reportassem ao objeto da consulta. Naquilo que tange aos éditos, parte da literatura diz-nos que perdiam sua força quando do advento da morte do imperador, o que explica a atribuição de diversas reformas jurídicas idênticas a éditos diversos.

Desde o principado de Adriano, os jurisconsultos romanos reconhecem força plena às constituições imperiais, como decorrência lógica da atribuição de poderes levada a cabo por cada *lex de imperio*, que estaria a reconhecer plenos poderes legiferantes ao

[379] CIL, III, p. 63, n. 352. BRUNS, p. 160, n. 35. ILS, n. 6091. FIRA, I, p. 461, n. 95.
[380] FIRA, I, p. 464, n. 96.

príncipe. Com efeito, desde Adriano as constituições imperiais não estão limitadas, senão pelos contornos que lhes tenha dado o *princeps*. É assim que todas as constituições imperiais adquirem universalidade, ressalvados os ditames chamados *constitutio personalis*, exarados pelo príncipe a destinatários específicos. Os éditos passam, pois, a sobreviver ao imperador, os *mandata* adquirem alcance legislativo, e os *decreta*, os *rescripta* e as *epistulae* adquirem força legislativa pela analogia[381]. Em sua atividade legislativa, o imperador contava com o concurso de seu *consilium* e da chancelaria imperial.

Assim como as leis comiciais e os plebiscitos, o édito perpétuo também perde espaço no principado, na mesma medida em que a figura do pretor entra em obsolescência face à concentração de poderes nas mãos do príncipe. Se o édito tivera o condão de fazer progredir o arcaico, rígido e ressecado direito quiritário para fazê-lo conviver com um Direito das Gentes, a questão central do império é essencialmente diversa – o dualismo entre direito civil e *ius gentium* é superado pela ingente necessidade de construir um Direito Romano Universal.

O imperador Adriano, viajante e conhecedor do império, entusiasta do helenismo e do estoicismo, projeta sobre o Direito suas tendências universalistas e centralizadoras, fazendo dar uma redação definitiva aos éditos dos magistrados e os codificando, para os colocar sob o controle do imperador[382]. Adriano encomenda a redação de seu édito perpétuo ao jurisconsulto Salvio Juliano. Uma vez que inexistem dados e pistas históricas concretas sobre o tema, múltiplas indagações fazem-se acerca do alcance e conteúdo deste documento, colocando-se em causa os éditos que alcançava – se

[381] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça* (…). *Op. cit.* p. 213 *et seq.*
[382] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público* (...). *Op. cit.* p. 110.

apenas do pretor urbano e dos édis curuis, ou também do pretor peregrino e o édito provincial – bem como se a publicação do édito perpétuo de Adriano suprimiu ou não o *ius edicendi* dos magistrados romanos.

O *senatusconultus* que aprova a obra de Juliano não lhe atribui valor de lei, mas obriga sua observância por todos os magistrados do império. Trata-se de um passo definitivo em direção à universalidade da ideia de justiça, conquanto ainda persistisse alguma parcela de liberdade criativa atribuída aos governadores das províncias, sobretudo em matérias de administração e polícia.

5.3.4 A Jurisprudência no Principado: a expressão erudita da Justiça e a Razão Prudencial

Se nos tempos republicanos a jurisprudência tivera o papel de fonte subsidiária do Direito, encontrando no Direito honorário e na atuação pretoriana sua via de acesso ao nascedouro das normas, o império irá transportar a atividade doutrinária a outros patamares, naquilo que tange a sua aptidão para influenciar a formação do Direito romano.

Os anos que medeiam entre o começo do Principado e o século III *d.* C., é dizer, desde Otaviano Augusto a Alexandro Severo, testemunham aquilo que se convenciou chamar jurisprudência clássica, em tributo à maturidade e complexidade da obra dos jurisconsultos romanos. O trabalho dos jurisconsultos continua baseado nos mesmos princípios inerentes ao *cavere*, *agere*, *respondere*, *scribe* e *instituere* que marcam os anos republicanos. É certo, porém, que, à medida que se atenuam e se enfraquecem os

formalismos, a atuação preventiva e propriamente contenciosa dos jurisconsultos perde espaço para o labor especialmente doutrinário.

Durante o Principado, a figura do jurista adquire prestígio, sendo colhidos nas fileiras dos arautos da ciência do Direito nomes para ocuparem as mais altas magistraturas, para o *consilium principis* e para a chancelaria imperial. Desde Adriano, entretanto, a jurisprudência deixa de desempenhar um papel meramente ancilar na elaboração e formação do Direito, para ser alçada à condição efetiva de fonte. Segundo um texto atribuído a Pompônio, Adriano concede a certos jurisconsultos o *ius publice respondendi ex auctoritate eius*[383], de modo que a opinião doutrinária daqueles aos quais foi concedida essa faculdade gozaria de força normativa idêntica àquela dos *rescripta* imperiais. A corrente majoritária dos romanistas interpreta a concessão por parte de Adriano como uma deferência e uma distinção conferidas pelo imperador a um conjunto de juristas. De outra parte, Wolfgang Kunkel[384], em trabalho que teve ressonância em toda a Europa, propõe uma interpretação do ato de Adriano segundo a qual os juristas que não gozassem do *ius respondendi* estariam impossibilitados de prolatar ditames públicos, com vistas à sua aplicação em juízo. Gaio, em suas instituições[385], ao definir as fontes do Direito, faz menção aos *responsa prudentiam*, dando-lhes, todavia, uma maior amplitude, ao se referir às *sententiae* e *opiniones*. Gaio aduz, ainda, que estariam livres os juízes para não observarem o conteúdo dos *responsa* quando inexistisse acordo entre os jurisconultos consultados, mitigando, dessa forma, a força vinculante que se quis emprestar à doutrina.

---

[383]Dig., 1, 2, 2, 49.

[384] KUNKEL, Wolfgang. Das Wesen des ius respondendi. *In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (ZRG), n. 66, Viena, Verlag Böhlau, 1948, p. 423 *et seq.* p. 442.

[385] GAIO, *Inst.*, 1, 7.

A jurisprudência clássica romana conheceu interessante agrupamento de correntes de autores, que se reuniram em duas grandes escolas, capitaneadas, de um lado, por Ateius Capito e, de outro, por Antistius Labeo, ambos contemporâneos de Augusto. Na lista dos seguidores de Ateuis Capito, contam-se Massurius Sabinus, Cassius Longinus, Caelius Sabinus, Javolenus Priscus, Salvius Julianus e Gaius; no conjunto dos seguidores de Antistius Labeo, contam-se Nerva Pater, Proculus, Nerva Filius, Longinus, Pegasus, Celsus Pater e Celsus Filius e Neratius Priscus. À primeira das escolas chama-se Sabinianos (ou Casianos), e, à segunda, Proculeanos, derivando seus nomes dos discípulos de seus fundadores.

Em verdade, o que lhes aparta não é um conjunto definido de posições cristalizadas no que concerne a estatutos, regimes, categorias ou institutos, mas, antes, algo que é sinal da tensão constitutiva do próprio fenômeno jurídico, que é o embate entre tradição e progresso. Diz-nos, pois, Pompônio[386], que, ao passo que Capito primava pelo respeito à tradição (*quae ei tradita fuerant*), encetando análises conservadoras, Labeão tendia à inovação (*plurima innovare instituit*). De toda sorte, os romanistas modernos recusam a distinção proposta por Pompônio, afirmando que o real discrímen que se pode fazer entre as duas escolas reside antes em seu substrato político-filosófico, que no teor de suas proposições. Afirma-se, assim, que a escola sabiniana possuía orientação de cunho idealista, marcada pela prevalência do *ius civile*, enquanto a escola proculeana estaria marcada pelo sobrelevo ao naturalismo e ao *ius gentium*. É certo, contudo, que as distinções entre as escolas não podem ser tomadas de modo objetivo, uma vez que algumas evidências históricas colocam as afirmações de Pompônio em dúvida. Note-se,

[386]Dig., 1, 1, 2, 2, 47.

por exemplo, que Capito, tido por conservador, fora próximo amigo de Otaviano, ao passo que Labeão, tido por progressita, era intransigente defensor das instituições republicanas. A ausência de fragmentos completos deve nos conduzir à interpretação que privilegia a assertiva de Pompônio. Para Salgado, sabinianos e proculeanos nos fornecem o princípio da divisão dos sistemas jurídicos ocidentais. Assim, o direito continental estatutário seria descedente dos proculeanos, ao passo que a *common law* descenderia dos sabinianos. Essa explicitação proposta por Salgado deriva da observação de que a escola proculeana valoriza a *lex* enquanto veículo por excelência da razão, a imantar o pensamento jurídico, que retira da gramática o conceito de sanção. De outro lanço, sabinianos derivam o justo da *natura rerum*, de modo que "a busca do direito na tradição (*veterum opinionem*) feita pelos sabinianos tinha sua sustentação na *naturalis ratio*, conceito que evoluiu para o de *natura rerum* e, por último, *utilitas communis*"[387].

Parte dos trabalhos dos jurisconsultos clássicos foi-nos transmitida pelo Digesto de Justiniano. Fragmentos autônomos chegam, contudo, a nosso conhecimento por meio de restos pré-justinianéios, dentre os quais podemos destacar: a) *Institutionum commentarii quattor* de Gaio, descoberto por Niehbur em um palimpsesto da biblioteca capitular de Verona; b) as *regulae Ulpiani* (ou, também, *tituli ex corpore Ulpiani*, ou *Epitome Ulpiani*); c) *libri quinque sententiam ad filium*, de Paulo, transcrito no Breviário Alarico[388]; d) *Responsa* de Papiniano; e) os chamados *Fragmenta Vaticana*, que contêm fragmentos de Papiniano, Ulpiano e Paulo, encontrados na Biblioteca Vaticana[389]; f) Manuscrito *Collatio*

[387] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça* (...). *Op. cit.* p. 96 *et seq*. *Cf.* STEIN, Peter. *Per la storia del pensiero giuridico romano*: da Augusto agli Antonini. Torino: Giappichelli, 1996. p. 9 *usque* 11.

[388] Equivalente ocidental do *Corpus* de Justiniano, compilado no reino visigodo de Tolosa, durante o reinado de Alarico II.

[389]*Cf.* HERRERO, Amelia Castresano. *Fragmentos Vaticanos*. Mexico: Editorial Tecnos, 1999.

legum Mosaicorum et Romanorum, com fragmentos de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, que compara as leis romanas com disposições do pentateuco[390].

De um modo geral, pode-se dizer que o trabalho dos jurisconsultos clássicos concentraram-se na produção de obras que (a) consubstanciam manuais destinados aos estudantes – *institutas* ou *enchiridia*; ou (b) livros de aforismas – *regulae*, *definitiones*, *sententiae* ou *opiniones*; ou (c) literatura de problemas sobre casos concretos – *digesta*, *responsa*, *epistulae*, *quaestiones* ou *disputationes*; ou (d) tratados de direito civil, sob a forma de comentários; ou (e) obras monográficas; ou (f) Comentários a éditos de magistrados (pretor, governador de províncias ou édiles, em geral); ou (g) livros dedicados a explicar ofícios de magistrados[391].

De modo geral, pode-se dizer que a jurisprudência clássica caminha na mesma senda da jurisprudência típica do período republicado, isto é, ruma no sentido de mitigar o formalismo do direito quiritário. O traço característico da jurisprudência clássica está no uso constante da razão prudencial, que denota o apurado senso de justiça e, mesmo, a preocupação com sua formulação enquanto ideia única no seio das ciências do *ethos*.

A razão prudencial romana soube aliar o refinado raciocío jurídico com apurado sentido de pragmatismo, uma vez que tem sempre em mira a resolução do problema, do *topos*. Para certa parcela dos romanistas modernos, o casuísmo é a marca

---

[390] Sobre esses fragmentos, consultar GIRARD, P. F.; SENN, F; BRAUN. P. *et all* (org.). *Textes de Droit Romain*. 7 ed. T. I. Paris: Dalloz, 1967. p. 17 *et seq.*

[391] ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público* (...). *Op. cit.* p. 118. Sobre os jurisconsultos clássicos, *Cf.* KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources* (...). *Op. cit.* p. 188 *usque* 304.

indelével da jurisprudência clássica[392], chegando-se mesmo a notar um certo deprezo das concepções lógico-abstratas.

Muito se tem discutido acerca da influência da filosofia grega no pensamento jurídico romano. Conquanto haja defensores da ideia de que o pensamento helênico não se manifesta de modo direto na literatura jurídica romana, devendo o leitor e intérprete suspeitar da existência de interpolações ante qualquer texto que se refira a conceitos genéricos, acreditamos não ser essa a melhor toada, na esteira da interpretação pioneira de Pavel Emel'ianovich Sokolovskii[393]. Se, de algum modo, a influência helênica puder ser matizada, essa têmpera que se faça não poderá ir muito longe, pois o renascimento do helenismo, no período pós-clássico, será marcante[394].

A jurisprudência clássica é, outrossim, marcada por um conservadorismo subjacente e por um alheamento aos ordenamentos jurídicos estrangeiros, não lhe impedindo, entretanto, de laborar por um sistema universal: o *ius gentium*. Conclui, pois, Salgado:

> "É na imensidão do Império que se faz necessária a universalização da Justiça e da consolidação do sujeito de direito, independentemente da sua cidadania política, agora exercida por representação, sem o que a justiça permanece ineficaz como mera espontaneidade moral."[395]

---

[392] *Cf.* KASER, Max. *En torno al método de los juristas romanos*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1964. *passim*.

[393] *Cf.* SOKOLOWSKI, P. *Die philosophie im Privatrecht*. V. I. Halle: Max Niemeyer, 1902. *passim*.

[394] SCHULZ, Fritz. *History of Roman* (...). *Op. cit.* p. 295.

[395] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça* (…). *Op. cit.* p. 149.

5.4 As Fontes do Direito durante o Dominato

5.4.1 A Constituição Diocleciana-Constantiniana

A Constituição inaugurada por Augusto foi, aos poucos, sendo erodida. A monarquia vai se acentuando, engolfando as antigas instituições republicanas, com modificações que serão consagradas nos impérios de Diocleciano e Constantino, durante a segunda metade do século III.

As ingerências persa e, sobretudo, bárbara do norte da Europa, impõem a reorganização militar do império, que não lograria sustentar uma barreira única, coesa e substancial. A sustenção inicial das fronteiras vem pelas mãos de um conjunto de caudilhos militares, que contribuem, com sua autoridade militar local, para a fragmentação do vasto território. Os núcleos bárbaros que se vão instalando no seio das fronteiras colaboram para com o surgimento de um contingente isolado de pessoas, que não usufruem da cidadania romana, sendo-lhes vedado, inclusive, o matrimônio. As dificuldades financeiras decorrentes das guerras civis somam-se às agruras da manutenção imperial. No campo dos costumes, o cristianismo avança, promovendo um verdadeiro cisma entre cristãos e pagãos, no âmago do Império.

A superação da crise não vem pelas mãos de imperadores descendentes da velha cepa do *populus romanus* itálico, mas, antes, por imperadores do ramo ilírico, mais inclinado ao oriente helenístico e persa. O exemplo colhido da monarquia sassânida – império persa pré-islâmico, que ulteriormente será suplantado pelo califado – faz com que

o controle do império esteja calcado no fortalecimento do poder do *imperator*, na criação de uma burocracia central e na construção de uma sólida unidade religiosa[396].

A chamada constituição diocleciana-constantiniana é marcada, de uma parte, pela absoluta concentração de poderes nas mãos do imperador e, de outro, pela cisão do império em Império Romano do Ocidente e Império Romano Oriental, aquele sediado em Roma – conquanto o imperador residisse em Milão ou Ravena – e este sediado em Nicodemia ou Antióquia e, após, em Bizâncio, futura Constantinopla. Os eixos da nova constituição eram, pois, a divisão geográfica do império, que contaria com dois *Augustus*, e a divisão do poder, fazendo conviver com cada imperador um *Caesar*, que parcipava das funções de governo – com vistas, bem assim, à sucessão – estabelecendo-se uma espécie de tetrarquia dos dois Impérios.

5.4.2 O Império Absoluto e as Fontes

A concentração de poderes na figura do *imperator* repercute, de modo direto, no plano normativo e na diversidade das fontes. A única fonte que subsiste são as constituições imperais, que passam a se denominar *leges*. O direito antigo, recolhido das leis comiciais, dos *senatusconsulta*, dos éditos e da doutrina, é englobado em uma única categoria, que passa a se denominar *ius vetus* ou, simplesmente, *ius*, massa normativa, muitas vezes constante apenas de referências indiretas doutrinárias, que se opõe à ordem

[396]Embora detivessem o mesmo objetivo, Diocleciano e Constantino percorrem caminhos diversos: ao passo que aquele busca fortalecer o paganismo tradicional e, sobretudo, o culto ao Sol, do qual o imperador seria a emanação terrena, este assume, em definitivo, o cristianismo como religião ocidental. MOMIGLIANO, Arnaldo. *The conflict between Paganism and Christianity in the fourth century*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 17 *et seq*. *Cf.*, ainda, RAMOS, Marcelo Maciel. *Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental*: dos Gregos aos Cristãos. São Paulo: Alameda, 2011.

emanada do soberano[397]. Teodósio II elimina a distinção entre *leges perfectae*, *minus quam perfectae* e *imperfectae*, impondo a sanção de nulidade a todo e qualquer ato contrário à lei.

A manifestação genuína do poder normativo do imperador são as chamadas *leges generales*, *generales constitutiones*, que davam normas destinadas a todos os súditos. Na elaboração dos documentos, o imperador contava com o concurso do *quaestor sacri palatii* e do *consistorium principis*. As demais formas de constituições imperiais rapidamente perdem aplicabilidade. Os decretos logo confundem-se com os *rescripta*, com a generalização do procedimento *per rescriptum*, que substitui a sentença por um *rescripto* condicional.

5.4.3 A Jurisprudência durante o Dominato

A jurisprudência pós-clássica dista bastante daquela que lhe precede. O vigor criativo dos juristas e sua relação simbiótica com o desenvolvimento – produção e aplicação – do Direito dão lugar a um período de jurisprudência burocrática, na acepção que lhe dá Schulz[398].

Os doutrinadores ora consagrados ao ensino e à aplicação do direito passam a integrar o aparato legislativo ligado à autoridade imperial. De sua parte, a advocacia, outrora exercida, com denodo, pelos juristas, torna-se uma atividade coorporativa, com a organização dos *collegia advocatorum*, submetidos à autoridade do magistrado perante o qual

[397]*Cf.* Cod. Theod. 11, 36, 25. Dig., 9, 11. Inst., *Praef.*, 4. A edição consultada para o *Codex Theodosianus* é KRUEGER, P. *Codex Theodosianus*. Berlim: Weidemann, 1923. Há recente tradução francesa, baseada na edição de Mommsen e Krueger, CROGIEZ, Sylvie; JAILLETTE, Pierre; POINSOTTE, Jean-Michel. *Le Code Théodosien*. Turnhout: Brepols, 2009.

[398] SCHULZ, Fritz. *History of Roman* (...). *Op. cit.* p. 262.

se militava[399]. O prestígio social dos juristas entra em franco declínio, restringindo-se, em parcela limitada, àqueles que lecionavam nas escolas oficiais do império, com destaque para as escolas do ramo oriental, em especial para a Escola de Beirute.

De modo geral, pode-se assinalar que a tendência da jurisprudência pós-classica é a tônica da estabilização e da acomodação dos textos clássicos, para lhes filtrar, extirpando qualquer vestígio de incongruências e divergências. Uma tônica que é fruto do novo perfil das fontes, com a unificação e centralização do poder normativo e político. Nasce, neste período, o chamado vulgarismo, como tendência cultural mais ampla[400], que estende seus efeitos, de certo modo funesto, no campo jurídico, de sorte que iniciativas forjadas em setores carentes de formação jurídica começam a granjear espaço no seio do universo normativo e político romano[401].

5.4.4 As compilações

O conjunto das fontes acumuladas durante séculos de trabalho do gênio jurídico romano, a essa altura, formava um imenso corpo de normas, que congregava as *leges* e o amorfo e plúrimo *ius*.

A necessidade de sistematização fazia-se sentir como forma de tornar mais simples a aplicação e a interpretação deste conjunto de normas. O período pós-clássico será prolífico na produção de compilações. Dentre as compilações de constituições

---

[399]ARIAS RAMOS, J. *Advocati* y *CollegiaAdvocatorum* en la actividad legislativa justinianea. *In*: PÉREZ SERRANO, Nicolás (org.). *Homaje a D. Pérez Serrano*: cuarenta y cuatro monografías de firmas prestigiosísimas de la magistratura, la cátedra y el foro. V. I. Madrid: Editorial Reus, 1959. p. 47 *et seq*.

[400]WIEACKER, Franz. *Vulgarismus und Klassizismus im Recht des Spätantike*. Heidelberg: C. Winter, 1955. p. 12.

[401]O direito vulgar romano tem sido objeto de frequentes e apurados estudos, desde meados do século passado. *Cf.* LEVY, Ernst. *West Roman Vulgar Law*: The Law of Property. Buffalo: W. S. Hein, 2003.

imperiais, podemos citar o *Codex Gregorianus*, compilado por um professor da Escola de Beirute, contendo constituições do período que abarca os impérios de Adriano até Diocleciano; o *Codex Hermogenianus*, que é compilação oficial das constituições do período Diocleciano; o *Codex Theodosianus*, que compila não apenas constituições imperiais, mas também grandes amostras do *ius vetus*, bem como as *Novellae postheodosianae*, que compilam as constituições publicadas após o *Codex Theodosianus*.

Até Justiniano, não temos notícias de antologias e compilações compreensivas do *ius* e das *leges* em um mesmo corpo, cabendo fazer menção especial apenas à *Consultatio veteris cuiusdam iuris consulti*, que não nos chegou em versão histórica, mas foi citada por Jacques Cujas, em 1577, durante o renascimento.

Também se fizeram compilações de leis romanas nos impérios bárbaros que se erigiram sobre os escombros do império romano ocidental, com especial destaque para: a) *Edictum Theodorici*, publicado na Gália, durante o reinado do visogodo Teodorico II; b) a *Lex Burgundionum*; c) o Breviário de Alarico; d) a *Lex Romana Wisigothorum*, publicada pelo reino visigótico que se estabelece ao sul da França e na península itálica[402].

É, ainda, interessante observar que o contingente de interpretações doutrinárias também foi alcançado pelos ímpetos de simplificação e estabilização próprios do período. É assim que Teodósio II e Valentiniano III fazem publicar uma constituição, que viria a ser conhecida como lei de citações, atribuindo valor às opiniões de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino. Havendo pluralidade de opiniões, o critério a ser

---

[402]Confira-se a seguinte edição comentada: D'ORS, Alvaro; ORLANDIS, José; VISMARA, Giulio. *Estudios Visigóticos*. *In*: *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, n. 5., v. 12, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1956, p. 414-711.

utilizado pelo juiz deveria ser o da maioria, salvo quando a opinião de Papiniano perfilhasse na corrente minoritária, devendo, pois, esta prevalecer sobre quaisquer outras[403].

5.4.5 O *Corpus Iuris Civilis*

Quando o império romano ocidental já se precipitava para a total fragmentação, contando-se já meio século sem a existência de um imperador romano do ocidente, sobe ao trono bizantino Justiniano, nascido em Tauresio, na Itália, sobrinho de seu antecessor, Justino, a 527 *a. D.*

Se a ideia de unidade já se mostrava esmaecida ante a derrocada do projeto romano ocidental, é Justiniano quem, conquanto de modo efêmero, consegue mais se aproximar deste ideal. Sob seu domínio, África, parte de Espanha e da península itálica retornam ao comando de Constantinopla.

O grande traço da personalidade de Justiniano que se transmite à posteridade é sua aptidão para se tornar legislador. Embora seu império tenha-nos transmitido uma série de legados, de ordem militar, administrativa e artística, é sua obra legislativa que determina a formação do Direito Ocidental. Difícil é aquilatar o grau de contribuição pessoal à sua obra legislativa, mas é-nos impossível deixar de observar que soube bem arregimentar colaboradores. Logo começa seu império e já se tem nomeada uma comissão de dez juristas, presidida por seu *quaestor sacri palatii,* João, que seria encarregada de compilar todo o Direito romano – aspiração que remonta aos tempos de Teodósio II, sem que se tivesse, contudo, sucesso.

---

[403]Cod. Theod., 1, 4, 3.

A 13 de fevereiro de 528 *a. D.*, a comissão nomeada por Justiniano começa seus trabalhos, com a publicação da Constituição *Haec quae necessario*. A compilação, então iniciada, abrangeria os Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, além das constituições pós-teodosianas. O trabalho é concluído em 7 de abril de 529 *a. D.* e publicado pela Constituição *Summa rei publicae*. A esse corpo de *leges* chama-se *Codex*. O *Codex* divide-se em doze livros: o primeiro ocupa-se do direito eclesiástico e político; os livros segundo ao oitavo ocupam-se do direito privado; o livro nono ocupa-se do direito penal e processual e os livros décimo ao duodécimo tratam de temas da administração romana.

A começos do ano seguinte, Justiniano dá início a seu projeto de compilação do *ius vetus* e, para tanto, por meio de cinqüenta constituições, resolve grandes controvérsias entre as opiniões dos juristas clássicos (*Quinquaginta decisiones*). Por certo, as *decisiones* de Justiniano tinham algum caráter instrumental e pragmático, pois se prestariam a facilitar a aplicação da antiga jurisprudência. De toda sorte, seu trabalho já se direciona ao propósito de encetar uma empreitada de compilação do *ius romanum*. Uma comissão de juristas, professores, advogados e altos funcionários é selecionada por Triboniano, a quem se delegaram estes poderes por meio da Constituição *Deo Auctore*, com vistas à preparação desta compilação. Dentro de três anos, em 16 de dezembro de 533, é promulgada a *Constitutio Tanta*, que publiciza essa compilação, chamada *Digesta* ou *Pandectas*. É interessante observar que, a par das já citadas constituições de publicação, serve de prefácio ao Digesto ainda outra constituição, chamada *Omnem rei publicae*, dirigida aos professores das escolas de Constantinopla e Beirute. O Digesto está divido em cinqüenta livros, que reúnem a produção da jurisprudência clássica. Cada fragmento coligido vai

indicando o nome do jurisconsulto autor, bem como a obra de onde foi extraído o fragmento. Em princípio, as obras consultadas deveriam ter sido escritas por jurisconsultos aquinhoados com o *ius respondendi*, mas, em verdade, acham-se fragmentos de Gaio e de autores do período republicano, os quais, por certo, não gozavam daquela prerrogativa. No século XIX, em 1820, F. Bluhme publica na *Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft* artigo intitulado *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten*[404](“A ordem dos fragmentos nos títulos do Digesto: uma contribuição para a história da compilação das Pandectas”), defendendo a tese segundo a qual se formaram três grandes massas de fragmentos: uma composta pelas obras de Sabiniano (*parte sabinianeia*); outra formada pelos comentaristas ao édito (*parte edital*) e, por derradeiro, outra formada pelas obras de Papiniano (*parte papinianeia*). Com vistas a estudar cada uma dessas grandes massas de fragmentos, a comissão subdividiu-se em três subcomissões, encarregadas de extrair dessas massas de fragmentos as passagens que comporiam cada um dos títulos do Digesto.

Concomitantemente, uma comissão composta por Triboniano, Teófilo e Doroteu trabalha em um texto de caráter instrutivo e elementar, inspirado nos modelos clássicos e, em especial, na obra de Gaio, com finalidade eminentemente docente, mas, bem assim, dotada de força legislativa. Em 21 de novembro de 533, a Constituição *Imperatoriam Maiestatem* publica as *Institutiones* de Justiniano. As Instituições seguem o plano da obra de Gaio, dividindo-se em quatro livros sobre as Pessoas (Livro I), Coisas (Livros II e III, bem como os cinco primeiros títulos do livro IV) e Ações (Livro IV). O método

[404] BLHUME, F. Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten. *In*: *Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft* (ZRG), Bd. 4, Viena, *s. e.*, 1820 (Repr. 1997/Verlag Böhlau), p. 257-472.

empregado consisitiu em reunir fragmentos de obras dos juristas clássicos sobre as temáticas abordadas, fazendo, nos textos, as adaptações necessárias, de modo a produzir um texto corrido.

A necessidade de acrescer ao *Codex* as *Quinquaginta decisiones* levou à publicação de uma nova redação, chamada *Codex repetitae prelectionis*, publicada pela Constituição *Codex Cordi nobis*, em novembro de 534 *a. D.*, versão da qual hoje temos conhecimento. Os anos que se seguem testemunham novas reformas promovidas por Justiniano, valendo-se de Constituições específicas para levar a cabo alterações no plano religioso, administrativo e no âmbito do direito civil. Essas constituições são compiladas na obra que encerra o Corpo do Direito Civil Romano, chamada *Novellae leges*. As Novelas estão redigidas em grego, em estilo rebuscado e prolixo. Dividem-se em três coleções chamadas, respectivamente, *Epitome Juliani*, *Authenticum* e Coleção dos Humanistas.

Ao determinar a compilação que daria origem ao *Corpus Iuris*, Justiniano tinha em mente não apenas recordar e preservar os tempos áureos do Direito romano, mas, também, coligir um grande corpo normativo que puedesse ser aplicado em seu tempo. Nesse passo, por sua autorização, ficou franqueado aos compiladores interferir nos textos originais, para eliminar anacronismos e buscar uma maior coerência do novo corpo normativo. Essas interferências são chamadas interpolações ou, na linguagem dos comentadores medievais, *emblemata Triboniani*. De outro lanço, mesmo o texto que chega à comissão justinianéia já sofrera interferências no período pós-clássico, de sorte que o estudo do *Corpus Iuris* há de ser realizado com grande reserva, sobretudo quando se tem em mente a atribuição temporal e autoral de seus fragmentos.

5.4.6 O Direito Romano Ocidental e Oriental no Período Pós-Justinianeu

Quis Justiniano que sua obra não fosse modificada nos anos que se seguissem, resultando na proibição explícita da interpretação privada dos textos do *Corpus Iuris* e, em especial, do Digesto. Foram permitidos apenas os *indices* – espécies de resumos, bem como os *paratitla* – agrupamentos de regras por assuntos. Evidência disso são as constituições imperiais, constantes das Novelas, de caráter essencialmente interpretativo.

Sem embargo da determinação imperial, vários comentários e escólios foram feitos aos textos do *Corpus Iuris*, recolhidos em compilações oficiais de Bizâncio. Inclusive, temos notícia de uma paráfrase grega das Instituições, feita por Teófilo, antigo colaborador de Justiniano. O direito justinianeu permeneceu vigente até a queda de Constantinopla, prolongando-se ainda no tempo, por que respeitado pelos turcos como direito dos vencidos. Dentre as compilações bizantinas oficiais, podem-se citar: a) a *Ecloga*, publicada por Leão e Isauro, entre 720 e 741 *a.D.*, contendo disposições retiradas do *Corpus Iuris*; b) o *Prokiron*, promulgado pelo imperador Basílio, o Macedônio; c) as *Basilicas*, publicadas por Leão, o Filósofo, filho de Basílio, o Macedênio, que contém, além de disposições retiradas do *Corpus* justinianeu, escólios de juristas bizantinos; e d) o *Promptuarim* ou *Exabiblos*, manual publicado por Constantino Harmenopulos, da Tessalônia, última manifestação do grande ciclo de compilações que marca o Dominato e, em especial, a Roma oriental.

No império romano ocidental, conforme supramencionado, a *Lex Romana Wisigothorum* manteve-se enquanto direito vigente das monarquias bárbaras, ao passo que a região meridional da península itálica manteve-se sob a órbita do *Corpus* de Justiniano. Entre o final do período de vigência do *Corpus Iuris* e o renascimento do Direito romano

no século XII, intermedeia um período obscuro, em que a influência do Direito romano, conquanto permaneça de modo latente, como é testemunha o enigmático manual *Petri exceptiones legum romanorum* - é obliterada pelo lapso cultural característico da idade média[405].

[405]*Cf.* VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano* (...). *Op. cit. passim*. Ainda, SAVIGNY, F. K. *Geschichte des roemischen rechts in Mittelalter*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1815. CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954.

6. Conclusões

Podemos afirmar que o *Corpus Iuris Civilis* é o grande veículo de penetração do Direito romano no eixo continental do Direito europeu, que viria a influenciar de modo indelével o desenvolvimento do Direito ocidental. Não se pode, contudo, desconsiderar os diversos estágios do desenvolvimento das fontes do Direito romano, sob pena de promovermos uma simplificação que aniquila séculos de história, a testemunharem a afirmação da lei escrita enquanto materialização da universalidade jurídica.

É a *repentina atque ex virtute nobilitas* romana que, na forja da simplicidade e perfeição etruscas, lega ao mundo ocidental o Direito positivo. Nas palavras de Hegel:

> "Devemos ao entendimento servil, ínsipido e sem alma do mundo romano a origem e a formação do direito positivo. Já vimos anteriormente como, no Oriente, as relações em si morais e subjetivas tornaram-se mandamentos jurídicos. Mesmo entre os gregos, a moral era ao mesmo tempo direito jurídico; por isso mesmo, a constituição era dependente da moral e da mentalidade, não possuindo em si a solidez contra o interior instável e a subjetividade particular. Os romanos conseguiram realizar essa grande divisão e inventaram o princípio jurídico que é exterior [...]"[406]

Esse justo jurídico que se forma em Roma é o produto do desenvolvimento de suas instituições políticas, que se deixa entrever, como uma impressão histórica indelével, no desenvolvimento de suas fontes. Partindo de uma Realeza ainda ligada ao primitivismo tribal, em que predomina o costume, enquanto fonte formal, fortemente preenchido pelo conteúdo religioso, Roma consegue fazer afirmar a lei escrita como fonte primordial de

[406]HEGEL, G. W. F. *Filosofia da História*. 2 ed. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB Editora, 1999. p 247. *Cf.* ROCCO LOZANO, Valerio. *Función y Estructura del Mundo Romano en la filosofía Hegeliana*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2011. [Tesis Doctoral]. Sobre a formação da ideia de justiça na filosofia hegeliana, *V*. SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996. Para uma completa coletânea de ensaios sobre a filosofia hegeliana e sua atualização, SALGADO, Joaquim Carlos (Org.); HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

seu ordenamento, expondo, pois, de modo inequívoco, a vocação universal do Direito como ordenamento de condutas.

Se a república grega, com sua democracia direta, lançou a Grécia em uma guerra mortal contra Siracusa, condenou Sócrates e sucumbiu ao império macedônico, a República romana irá realizar em plenitude um projeto que, paradoxalmente, fora concebido na decadência helênica: a república platônica. O princípio da *auctoritas*, que se justifica em função da *nobilitas*, preside um período histórico de esplendor, durante o qual o Direito romano, com sua pluralidade de fontes, faz prevalecer a razão, que se manifesta de modo efetivo na *lex*.

Será justamente durante a restauração promovida por Augusto que a razão universal romana afirmar-se-á como pedra angular do Direito, espraiando-se por todas as sendas da cultura ocidental, pelo cânon do Cristianismo. Nem mesmo a tirania de um Domiciano foi capaz de fazer esmaecer essa definitiva força da razão, mercê, inclusive, da contribuição bizantina ao desenvolvimento da Europa.

O perfil histórico do desenvolvimento das fontes não pode ser tomado de modo panegírico, abstruso, repleto de ocultismos, mas, antes, de modo claro e fluido. É apenas a análise documental das fontes, que aqui procuramos indicar, que permitirá retirar destes elementos históricos concretos as impressões de um devir político que seria definitivo na história ocidental.

A recuperação dos elementos do romanismo, enleiados nas fontes, permite-nos recuperar a jurística romana, de modo a possibilitar a compreensão dessa vocação universal do Direito, por intermédio de uma história que vá além da narrativa feita

clarorum virorum facta moresque, para alcançar os fios, urdidos pela astúcia da razão – retomando a expressão hegeliana – que conectam o pensamento ocidental. Afinal, nas palavras de Benedetto Croce, "*ogni vera storia è storia contemporanea*"[407].

[407]CROCE, Benedetto. *Teoria e storia della storiografia*. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1948. p. 23 *et circa*.

7. Bibliografia

APPHUN, Charles. *Cicéron, De la Republique, Des Lois*. Paris: Garnier, 1932.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; GUARINO, Antonio. *Breviarum iuris romani*. Milano: Giuffrè, 1951.

ARIAS RAMOS, J. *Advocati* y *CollegiaAdvocatorum* en la actividade legislativa justinianea. *In*: PÉREZ SERRANO, Nicolás (org.). *Homaje a D. Pérez Serrano*: cuarenta y cuatro monografías de firmas prestigiosísimas de la magistratura, la cátedra y el foro. V. I. Madrid: Editorial Reus, 1959.

ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano e Historia de las Fuentes.* 13 ed. Valladolid: Editorial Sever-Cuesta, 1977.

ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano e Historia de las Fuentes.* 13 ed. Valladolid: Editorial Sever-Cuesta, 1977.

AUGUSTUS, Octavianus. *Res Gestae*. *In:*AUGUSTUS. *The Deeds of Divine Augustus*. Trad. P. A. Brunt e J. M. Moore. Oxford : Oxford University Press, 1969.

AULU-GELLE. *Ouevres complètes d'Aulu-Gelle*. Vol. 31. Paris: Garnier, 1863.

BARTOCCINI, Renato. *Fragmentum Tarentium*. *In: Epigraphica*. V. 9. *s. l.*,1947. p. 3 *usque* 31.

BETTI, Emilio. *Iurisdictio praetoris e potere normativo*. *In*: *Labeo*: rassegna di diritto romano, Università di Napoli, Napoli, Jovene, n. 14, 1968. p. 7 *usque* 23.

BLHUME, F. Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten. *In*: *Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft* (ZRG), Bd. 4, Viena, *s. e.*, 1820 (Repr 1997/Verlag Böhlau), p. 257-472.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite. 6. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BODIN, Jean. *De la République ou Traité du Governement*. *s. l.*, *s. e.*, 1756.

BODIN, Jean. *Les six Livres de la République*. Vol. I. Paris: Fayard, 1986.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano.* Trad. Luis Bacci e Andrés Larrosa. Madrid: Editorial Réus, 1929.

BROCHADO, Mariá. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BRUNS, C. G; GRADENWITZ, O. (org). *Fontes Iuris Romani Antiqui*. 7 ed. Tübingen: P. Siebeck, 1909. [1. reimp. 2009].

BRUNS, Carolous Georgius; GRADENWITZ, O. (org). *Fontes Iuris Romani Antiqui*. 7 ed. Tübingen: I. C. B. Mohrii (P. Siebeck), 1909. [1. reimp. 2009].

CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954.

CASSIUS DIO. *Roman History*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1914.

CASTILLEJO, José; ABELLÁN VELASCO, Manuel. *Historia del Derecho Romano*: política, doctrinas, legislación y administración. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

CATALANO, Pierangelo. *Contribuiti allo studio del diritto augurale*. Torino: Giappichelli, 1960.

CHAMOUN, Ebert Vianna. *Instituições de Direito Romano*. 5 ed. Rio de Janeito: Forense, 1968.

CICERON. *Oeuvres Completes de Cicerón*. Trad. M. Nisard. Paris: Dubochet, 1840.

COLLARES, Marco Antônio. *Representações do Senado Romano na Ab Urbe Condita Libri de Tito Lívio*: livros 21-30. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Franca: UNESP, 2009.

CRAWFORD, M. H. *et al*. *Roman Statutes*. V. I. Londres: Institute of Classical Studies – University of London, 1996.

CREUZER, Friedrich. *Abriss der Römischen Antiquitäten*. Leipzig und Darmstadt: Carl Wilhelm Leske, 1829.

CROCE, Benedetto. *Teoria e storia della storiografia*. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1948.

CROGIEZ, Sylvie; JAILLETTE, Pierre; POINSOTTE, Jean-Michel. *Le Code Théodosien*. Turnhout: Brepols, 2009.

CUSHING, Luther S. *An introduction to the study of Roman Law*. Boston: Little Brown and Company, 1854.

D' ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos de "ius". *In: Studi in Memoria di Emiliano Albertario*. Vol. II. Milano: Giuffrè Editore, 1953, p. 271 *usque* 299.

D'ORS, Álvaro; ORLANDIS, José; VISMARA, Giulio. *Estudios Visigóticos*. *In*: *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, n. 5., v. 12, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma, 1956, p. 414-711.

DE FRANCISCI, Pietro. *La formazione della comunità politica romana primitiva*. Trieste: Editrice Università di Trieste, 1951.

DE MARTINO, Francesco. *Storia della Costituzione Romana.* Vol II. Napoli: E. Jovene, 1973.

DE SANCTIS, Gaetano. *Storia dei Romani*. Torino: Bocca, 1907.

DESSAU, Hermann. *Inscriptiones Latinae Selectae*. Palos Heitghts: 1985 (reimp).

DIELS, Herman; KRANZ, Walter. *Die Fragmente der Vorsokratiker. In:Les Presocratiques*. Trad. Jean Paul-Dumont. Paris: Gallimard, 1988.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetividade no Direito Público Moderno*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIRKSEN, Heinrich Eduard. *Uebersicht der bisherigen versuche zur kritik und herstellung des textes der Zwölf-tafel-fragmente*. Leipzig: J. C. Hinrichs, 1824.

DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Earnest Cary. Boston: Harvard University Press, 1950.

DYONISIUS OF HALICARNASSUS. *Roman Antiquities*. Trad. Edward Spelman. Vol. I a IV. Londres: Booksellers of London and Westminster, 1758.

ENNIUS. *Quinti Ennii Annalium*. *S.l.*: Sumtibus Librarie Hahnianae, 1825.

FLOBERT, A. *Tite-Live. Histoire romaine*. Livres I à V. Traduction nouvelle. Garnier-Flammarion: Paris, 1995.

FREZZA, Paolo. *Corso di storia del diritto romano*. Roma: Studium, 1974.

GALLO, Fillipo. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1993.

GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GARCIA GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*. 5. ed. Madrid: Artes Graficas, 1950.

GIRARD, P. F.; SENN, F; BRAUN. P. *et all* (org.). *Textes de Droit Romain*. 7 ed. T. I. Paris: Dalloz, 1967. p. 274 *et seq*. TACITUS. *Annales*, 12, 53.

GODEFROY, Jacques. *Fontes quator iuris civilis*. Genebra: Ioannis Ant. & Samuelis Tournes, 1653.

GRIMAL, Pierre. *Ouevres complètes de Tacite*. Paris: Gallimard, 1990.

GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*. 4 ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.

HEGEL, G. W. F. *Filosofia da História*. 2 ed. Trad.Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB Editora, 1999.

HELLEMS, Fred B. R. *Lex de Imperio*: a consideration of some constitutional aspects of the Principate of Rome. Chicago: Scott Foresman and Company, 1902.

HENDERSON, Jeffrey. *Loeb Classical Library*. Trad. J. W. Cohoon. Vol. I. Boston: Harvard University Press, 1932-1951. p. 445.

HERNADEZ-TEJERO, Francisco Jorge. *Compendio de Derecho Romano*. Marid: Universidad de Madrid Sección de Publicaciones, 1966.

HERRERO, Amelia Castresano. *Fragmentos Vaticanos*. Mexico: Editorial Tecnos, 1999.

HORÁCIO. *The Works of Horace*. Trad. C. Smart, A. M.. Vol. I e II. Filadélfia: Benjamin Warner, M. Carey & Son, David Hogan, Alexander Towar, 1821.

IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Trad. Enrique Principe y Satores. Tomo I. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, *s. d.*

JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. *Private Law and the State*: comparative perceptions and historical observations. *In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. n. 71, 2007, p. 345-397.

JOHNSTON, D. *The General Influence of Roman Institutions of State and Public Law. In:* CAREY MILLER, D. L; ZIMMERMANN, R. *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 87 *usque* 101.

JUSTINIANO, Imperador. *Corpus Iuris Civilis*. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolini: Weidmannos, 1954.

KARLOWA, Otto. *Römische Rechtsgeschichte*. V. I Leipzig: Verlag von Vait & Comp., 1885.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Trad. Samuel Rodrigues. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KASER, Max. *En torno al método de los juristas romanos*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1964.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. António Ulisses Cortes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2004.

KONERMANN, Ernst. *Romische Geschichte*. Vol. II. Stuttgart: Kröner, 1964.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Trad. Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1955.

KRÜEGER, Paulus. *Codex Theodosianus*. Berlim: Weidemann, 1923.

KRÜEGER, Paulus. *Histoire des sources du Droit Romain*. Trad. M. Brissaud. Paris: Thorin & Fils, 1894.

KUNKEL, Wolfgang. Das Wesen des ius respondendi. *In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (ZRG), n. 66, Viena, Verlag Böhlau, 1948.

LAURIA, Mario. *Iurisdictio. In:* Studi in Onore de Pietro Bonfante. Vol II. Milano: Frateli Treves, 1930.

LEIFER, Franz. *Studien zum Antiken Amterwesen*. V. I. Aalen: Scientia Verlag und Antiquariat, 1963.

LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum*: ein versuch zu seiner wiederherstellung. 3 Ed. Amsterdã: Scientia Verlag, 1985.

LENEL, Otto. *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*. Trad. Frédéric Peltier. *s. l.*: L. Larose, 1903.

LEVY, Ernst. *West Roman Vulgar Law*: The Law of Property. Buffalo: W. S. Hein, 2003.

MACROBE; VARRON; POMPONIUS MÉLA. *Oeuvres Complete; De la Langue Latine; Oeuvres Completes.* Trad. M. Nisard. Paris: J. J. Dubochet, Le Chevalier Éditeurs, 1850

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *A propriedade horizontal no Direito Romano*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. *Concurso de Credores e Pactum Uti Minus Solvatur*. 2 ed. Lecce: Edizioni del Grifo, 1999.

MARGADANT, Gillermo F. *La segunda vida del Derecho Romano*. Ciudad de Mexico: Ed. Porrua, 1986.

MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir Editora, 1966.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Estoicismo Imperial como momento da idéia de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

McLENNAN, John Ferguson. *Primitive marriage:* an inquiry into the origin of form of capture in marriage ceremonies. Edinburgh: Adam and Charles Black, 1865.

MINGUIJON ADRIAN, Salvador. *Historia del Derecho Español*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1943.

MIQUEL, Juan. *El problema de la sucesión de Augusto*. Madrid: Taurus, 1969.

MOMIGLIANO, Arnaldo. *The conflict between Paganism and Christianity in the fourth century*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Publico Romano*. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1942.

MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano.* Trad. Pedro Dorado y Montero. Vol. I. Reimpressão. Pamplona: Analecta Editorial, 1999.

MOMMSEN, Teodoro. *Storia Romana.* Trad. Giuseppe Sandrini. Vol. I. Torino: Società Editrice Italiana di M. Guigoni, 1857.

MOMMSEN, Teodoro; MARQUARDT, Joachim. *Manuel des Antiquités Romaines.* Trad. Gustav Humbert. Vol. I. Paris: Albert Fontemoing, 1907.

MOMMSEN, Theodor. *Die Stadtrechete der Latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*. Leipzig: Bei S. Hirzel, 1855.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Staatsrecht.* Vol. I. Reimpressão. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORGAN, Lewis Henry. *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*. Henry Holt and Company: New York, 1907.

NIEBUHR, B. G. *Lectures on the History of Rome.* Trad. Leonhard Schmitz. London: Taylor and Walton, 1848.

NIEBUHR, G. B. *Römische Geschichte*. Berlim: G. Reimer, 1827.

ORELLI, Johann Caspar von. *Onomasticon Tullianum*. Vol. III. Hildesheim: Olms, 1965.

ORESTANO, Ricardo. *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*: contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico. Torino: Giappichelli, 1962.

ORTOLAN, M. *Compendio del Derecho Romano.* Trad. Francisco Perez de Anaya e Melquíades Perez Rivas. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R. L, 1978.

ORTOLAN, M. *Histoire de la législacion Romaine.* 3ed. Paris: Videcoq Fils Ainé et Plon Frère, 1851.

PARSI, Blanche. *Désignation et investiture de l'empereur romain*:Ier et IIe siècles après J.-C. Paris: Université de Paris, 1963. (Thèse de Droit).

PIERI, Georges. *L'histoire du cens jusqu'a la fin de la Republique*. Paris: Sirey, 1968.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *Introdução ao Direito Romano*: constituição, categorização e concreção do Direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *O Direito Romano na Filosofia do Direito*: atualidade do Direito Romano como elemento suprassumido da jusfilosofia brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. [Dissertação de Mestrado].

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *Uma História do Pensamento Jurídico Brasileiro*: formação romanística da cultura jurídica nacional. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

PLINIVS SECVNDVS. *Naturalis Historia*. Tradução de E. Littre. *In:* NISARD, M. *Collection des auteurs latins*. *s. e*. Paris: 1877;

POLETTI, Ronaldo. Otaviano Augusto. O *imperium populi*. O império do Brasil. *In: Panoptica*. Ano 1, n.2. out. 2006. Vitória, p. 60-72.

POZZOLI, Lafayette *et alli* (coord.). *Matrizes dos Conceitos de Justiça*. São Paulo: Letras Jurídicas.

QUEIROZ DE MORAES, Bernardo Bissoto. Pacto de melhor comprador: configuração no direito romano ("in diem addictio") e projeções no direito atual. 1. Ed. Madrid: Dykinson, 2010.

RAMOS, Marcelo Maciel. *Os Fundamentos Éticos da Cultura Jurídica Ocidental*: dos Gregos aos Cristãos. São Paulo: Alameda, 2011.

REALE, Miguel. Bilateralidade Atributiva. *In.Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 332 *usque* 342.

RICCOBONO, Salvatore *et alli*. *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*. Firenze: Giunti Editore, 2007.

ROCCO LOZANO, Valerio. *Función y Estructura del Mundo Romano en la filosofía Hegeliana*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2011. [Tesis Doctoral].

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos da Responsabilidade Civil por Fato de Terceiro no Direito Romano. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 96, p. 75-101, 2001.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Aspectos de Interesse Atual no Casamento Romano. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 93, p. 81-107, 1998.

RODRIGUES, Dárcio Roberto Martins. Sistematização e Abstração na Iurisprudentia Romana. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 23-33, 2002.

ROSENBERG, Arthur. *Der Staat der alten Italiker. s.l.*: Weidmann, 1913

ROTONDI, Giovvani. *Leges publicae Populi Romani*. *Op. cit.* p. 388-389. ROSS TAYLOR, Lily. *Caesar's agrarian legislation and his municipal policy*. Princeton: Princeton University Press, 1951.

ROTONDI, Giovvani. *Leges publicae Populi Romani*: elenco cronologico con una introduzione sull'attivitá legislative dei comizi romani. Zürich: G. Olms, 1962.

RUBINO, Joseph. *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*. Kassel: J.C. Krieger, 1839.

RUHKOPF, F. E. e SEEBODE, I. D. *Corpus Historicum Latinorum*.. Hannover: *s. e.*, 1815.

RYCKIUS, Theodorus: *Dissertatio de Primis Italiae Colonis et Aenea Adventu*, *In:* HOLSTENII, L. *Byzantinus*. Vol. II. Apendix II. Lipsiae: *s.e.*, 1825.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo:* fundamentação e aplicação do Direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos (Org.); HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Hegel, Liberdade e Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SAVIGNY, F. K. *Geschichte des roemischen rechts in Mittelalter*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1815.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial Góngora, [19-].

SCHMIDT, Manfred G. *Coprus Inscriptionum Latinarum*. Berlin: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, 2001.

SCHOEEL, Rudolfus. *Legis Duodecim Tabularum Reliquiae*. Leipzig: B. G. Teubneri, 1866.

SCHULZ, Fritz. *History of Roman Legal Science*. Oxford: Clarendon Press, 1953.

SÓFOCLES, *Antígone*. *In:* ALMEIDA, Guilherme. *A Antígone de Sófocles*. 2ed. Petrópolis: Vozes, 1968.

SOKOLOWSKI, P. *Die philosophie im Privatrecht*. V. I. Halle: Max Niemeyer, 1902.

SPENCER, Herbert. *Illustrations of Universal Progress*: a series of discussions. New York: D. Appleton and Company, 1867.

STEIN, Peter. *Per la storia del pensiero giuridico romano*: da Augusto agli Antonini. Torino: Giappichelli, 1996.

SUETÔNIO ; AUGUSTO. *A vida do Divino Augusto. Os Feitos do Divino Augusto*. Trad. Matheus Trevisan, Paulo Sérgio Vasconcellos, Antônio Martinez de Rezende. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

SUETONIO. *Vie des Douze Cesars*. Paris: Belles Lettres, 2008. [44, 3].

SUMNER MAINE, Henry J. *Ancient Law*. New York: Cosimo Classics, 2005, p. 1 *et seq*.

SYME, Ronald. *La revolución romana*. Trad. Antonio Blanco Freijeiro. Barcelona: Crítica, 2010.

TELLEGEN-COUPERUS, Olga; TELLEGEN, Jean Willen. *Nihil Hoc ad Ius, ad Ciceronem*. *In: Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*. Université de Liège. 3è Série, Tome LIII, p. 381 *usque* 480.

TERENTIUS, Publius Afer. *Comédies*. Trad. Guillaume Antoine Le Monnier. Reimp. Whitefish: Kessinger Pub Co, 2009.

THOMAS, Ph. J. Alternative Paradigm for Roman Law. *In*: *Revue Internationale des Droits de l'Antiquitè*. 3è Série, Tome XLV, p. 647-657,1998.

TIBILETTI, G. *Lo sviluppo del latifondo dall'epoca graccana all'impero*. *In*: Relazioni del X Congresso internazionale di scienze storiche. Vol. II. Firenze: G. C. Sansoni, 1955.

TIBILETTI, G. *Principe e Magistrati Repubblicani*: ricerca de storia Augustea e Tiberiana. Roma: A. Signorelli, 1953.

TITO LÍVIO. *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864

VERSNEL, H. S. *Triumphus*: an inquiry into the origin, development and meaning of the Roman Triumph. Leiden: Brill, 1970.

VICO, G. B. *Principes de la Philosophie de l'Histoire*. Brusselles: Adolphe Wahlen, 1833.

VINOGRADOFF, Paul. *Il Diritto Romano nell'Europa Medioevale*. Trad. S. Riccobono. Milano: Giuffrè, 1950.

VOIGT, Moritz. *Die XII Tafeln*: Geschichte und allgemeine Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. V. II. *s. l.*: A. G. Liebeskind, 1883.

VOIGT, Moritz. *Die XII Tafeln*: Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie-Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. V. I. *s. l.*: A. G. Liebeskind, 1883.

WESTERMANN, W. L; SCHILLER, A. *Apokrimata*: decisions of Septimus Severus on legal matters. New York: Columbia University Press, 1954.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. Antonio Manuel Hespanha. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

WIEACKER, Franz. *Vulgarismus und Klassizismus im Recht des Spätantike*. Heidelberg: C. Winter, 1955.